Die Aufrechnung
nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Friedrich Schlichting,
Referendar.

Güstrow.
Druck der C. Michaal'schen Rathsbuchdruckerei
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0064

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Bothe, Begriff, Zweck und Wirkungen der Bedingungen nach dem B. G.-B. Inaug.-Diss., Rostock 1899.

Brinz, Lehre von der Kompensation. 1849.

Buchka, B. G.-B. und gemeines Recht. 2. Aufl., 1898.

Bunsen, Einführung in das B. G.-B. Band I, 1897.

Cosack, Lehrbuch des B. G.-B. 1. u. 2. Aufl., 1898. 1899.

Deichmann, Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Band 42, S. 257 ff., S. 562 ff.

Dernburg, Pandekten. 3. Aufl., 1892 (zitiert: Dernburg, Pand.)

Dernburg, Kompensation. 2. Aufl., 1868 (zitiert: Dernburg, Komp.).

Eccius, Die eventuelle Aufrechnung, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Band 42, S. 15 ff.

Eccius, Nachträgliche Bemerkungen über die eventuelle Aufrechnung nach dem B. G.-B., bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Band 42, S. 233 ff.

Endemann, Lehrbuch des B. G.-B. 6. Aufl., Band I, 1899.

Fischer und Haehnle, Handausgabe zum B. G.-B. 1898.

Förtsch, Die eventuelle Aufrechnung nach dem B. G-B., bei Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Band 42, S. 223 ff.

Fürst, Eine Beschränkung des Rechtes der Kompensation durch den Entwurf des B. G.-B., bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Band 40, S. 322 ff.

Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation. 1897.

Goldschmidt, James, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, bei Kohler und Ring, Archiv für das bürgerliche Recht, Band XV, S. 153 ff. (zitiert: James Goldschmidt).

Goldschmidt, Ludwig, Ueber den § 283 des E. I in den Verhandlungen zum XXI. Deutschen Juristentag. Band I, S. 121 ff. (zitiert: Ludwig Goldschmidt).

Huber, Ueber den § 283 des E. I, in den Verhandlungen des XXI. deutschen Juristentages. Band II, S. 10 ff.

Kohler, Kompensation und Prozess, bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XX, S. 1 ff. (zitiert: Kohler, XX.)

Kohler, Aufrechnung nach dem B. G.-B., bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XXIV, S. 1 ff. (zitiert: Kohler, XXIV).

Krug, Die Lehre von der Kompensation. 1833.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.-B. I. und II. Teil, 1. Hälfte. 1898, 1899.

Leonhardt, Die Aufrechnung. 1896.

Liebknecht, Kompensationsvollzug und Vorbringen nach gem. Recht. 1897 (zitiert: Liebknecht, Komp.).

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. 1899 (zitiert: Liebknecht, Vorbehaltszahlung).

Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem E. I, bei Ihering, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes, Band XXXII, S. 157 ff.
Mansfeld, Zur Lehre von der Eventualaufrechnung. Deutsche Juristenzeitung, Band III, 1898, S. 255 ff.
Motive zum E. I, Amtliche Ausgabe, Guttentag. 1888.
Neumann, Handausgabe zum B. G.-B. Band I, 1899.
Pfizer, Aufrechnung im Prozess und Prozesskosten, bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess. Band XXII, S. 43 ff.
Planck, Kommentar zum B. G.-B. 2. Aufl., 1898, 1899.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des B. G.-B., Guttentag. 1897.
Redlich, Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung, bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XXV, S. 357 ff.
Scherer, Kommentar zum B. G.-B. II. Band. 1899.
von Seeler, Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen, bei Kohler und Ring, Archiv für das bürgerliche Recht, Band XV, S. 104 ff.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, allgem. Teil. 1897.
Stölzel, Schulung für die zivil. Praxis. II. Teil, Eventualaufrechnung. 2. Aufl., 1898 (zitiert: Stölzel, Eventualaufrechnung).
Stölzel, Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung, bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XXIV, S. 50 ff.
Stölzel, Noch zwei Worte über die Eventualaufrechnung, bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XXIV, S. 415 ff.
(Die beiden letzten Schriften sind zitiert: Stölzel bei Busch.)
Weissmann, Aufrechnung nach dem B. G.-B., bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozess, Band XXVI, S. 1 ff.
Windscheid, Pandekten. 7. Aufl., 1891.

Die vorgedachten Schriften sind, soweit nicht eine besondere Zitierweise in Klammern vermerkt ist, mit dem Namen der Autoren zitiert. Soweit in Zeitschriften enthaltene Rezensionen benutzt sind, findet sich an den betreffenden Stellen der Arbeit ein Vermerk.

Disposition.

Kapitel I.

Die einseitige Aufrechnung.

A. Voraussetzungen derselben.

1. Forderungen und zwar nur vollgültige Forderungen sind kompensabel. § 1.
   Ibs. Die Aufrechnung mit und gegen bedingte Forderungen. § 2.
   Die Aufrechnung mit und gegen einredebehaftete Forderungen. § 3.
   Die Aufrechnung mit und gegen dingliche Ansprüche. § 4.
2. Die Forderungen müssen den bei der Aufrechnung Beteiligten gegen einander zustehen. § 5.
3. Die geschuldeten Leistungen müssen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. § 6.
4. Der Aufrechnende muss die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken können. § 7.
5. Das Fehlen besonderer Ausschliessungsgründe. § 8.
6. Rechtsfolge des Fehlens einer Voraussetzung der Aufrechnung. § 9.

B. Vollzug und Wirkungen der Aufrechnung.

I. Vollzug der Aufrechnung.

1. Sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. § 10.
2. Die Aufrechnung im Prozesse ist keine Prozesshandlung. § 11.
3. Die Aufrechnung, ein actus legitimus. Eventualaufrechnung. § 12.

II. Wirkungen der Aufrechnung.

1. Im Allgemeinen. § 13.
2. Die Rückziehung der Aufrechnung im Einzelnen. § 14.
3. Die Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen. § 15.

C. Welchem juristischen Begriffe ist die Aufrechnung zu unterstellen? § 16.

Kapitel II.

Die vertragsmässige Aufrechnung.

§ 17.

Kapitel III.

Die gesetzliche Aufrechnung.

§ 18.

Unter Aufrechnung zweier Forderungen gegen einander versteht man die die reale Erfüllung ersparende Aufhebung gegenseitiger Forderungen durch Abrechnung der einen Forderung von der anderen mit der Wirkung, dass beide Forderungen, soweit sie sich decken, erlöschen und daher, soweit die eine Forderung grösser ist als die andere, nur der Gläubiger der grösseren Forderung den Anspruch auf Leistung des Unterschiedes zwischen beiden Forderungen behält.[1])

Regulär ist eine Willensäusserung einer der beiden Parteien zur Herbeiführung dieser Wirkung erforderlich; nur in ganz ausnahmsweisen Fällen hat das Gesetz eine Aufrechnung auch ohne solche Willensäusserung zugelassen (gesetzliche Aufrechnung). Nach dem B. G.-B. ist aber zur Herbeiführung des Aufrechnungserfolges nur die Willensäusserung einer der beiden Parteien erforderlich (einseitige Aufrechnung). Dass die Aufrechnung auch durch die übereinstimmende Willensäusserung beider Parteien zu Stande gebracht werden kann, ist, wenn schon das B. G.-B. dies nicht ausdrücklich ausspricht, bei der auch unter der Herrschaft des B. G.-B. geltenden allgemeinen Vertragsfreiheit nicht zu bezweifeln.

Es wird in der Folge zunächst die einseitige, sodann die vertragsmässige und schliesslich die gesetzliche Aufrechnung betrachtet werden.

---

[1]) cf. Kuhlenbeck II, S. 188.

Kapitel I.

Die einseitige Aufrechnung.

A. Voraussetzungen derselben.

Ueber die Voraussetzungen der Aufrechnung[1]) bestimmt der § 387 B. G.-B.: „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des andern Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.“ Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind daher folgende:

1. Aufrechnungsfähig sind Forderungen und zwar nur vollgültige Forderungen.
2. Dieselben müssen den bei der Aufrechnung Beteiligten gegen einander zustehen.
3. Die geschuldeten Leistungen müssen ihrem Gegenstand nach gleichartig sein.
4. Der Aufrechnende muss die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken können. Als weitere Voraussetzung ergiebt sich in Hinblick darauf, dass in besonderen Fällen trotz Vorliegens der soeben genannten Voraussetzungen die Aufrechnung ausgeschlossen ist.
5. Das Fehlen besonderer Ausschliessungsgründe.

---

[1]) Ueber den Sprachgebrauch des B. G.-B. sei bemerkt, dass die aufgerechnete Forderung diejenige ist, deren Gläubiger der aufrechnende Teil ist, während die Forderung, deren Schuldner der aufrechnende Teil ist, als die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, bezeichnet wird. Weissmann, S. 2, Neumann I, S. 189. Die Ausdrücke „Aufrechnung“ und „Kompensation“ sind in der Arbeit als gleichbedeutend gebraucht.

§ 1.

Forderungen und zwar nur vollgültige Forderungen sind aufrechnungsfähig.

Aufrechnungsfähig sind nach dem Gesetze Forderungen, d. h. persönliche Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner gerichtet auf die Bewirkung einer Leistung. Gleichgültig ist, auf welchem Rechtsgrunde die Forderungen beruhen; auch diejenigen Obligationen, welche aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnissen entspringen — cf. Motive II, S. 4 — sind kompensabel. Beispielsweise ist auch der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Ersatz des Schadens, der durch eine von diesem nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit verschuldete Verschlechterung oder Untergang der Sache dem Eigentümer erwächst, zur Aufrechnung durchaus geeignet (§ 989), sofern den sonstigen Voraussetzungen der Aufrechnung genügt ist.

Beide Forderungen müssen vollgültig sein, d. h. sie dürfen weder nichtig noch darf, sofern sie anfechtbar sind, die Anfechtungserklärung abgegeben worden sein. Was ein nichtiges Rechtsgeschäft anlangt, so bringt es den beabsichtigten Rechtserfolg nicht hervor. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft aber wird, wenn es erfolgreich angefochten wird, so behandelt, als habe es den beabsichtigten Rechtserfolg niemals hervorgebracht (§ 142 I). Ist die durch das Rechtsgeschäft erzeugte Forderung erloschen, so ist die Aufrechnung ausgeschlossen. Aus welchen Gründen die Forderung erloschen ist, ist gleichgültig. Daher ist auch, soweit zur Erhaltung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes die Vornahme gewisser Rechtshandlungen mit der Wirkung vorgeschrieben ist, dass dem Rechtsgeschäfte bei Nichteinhaltung derselben durch gesetzlich bestimmte Rechtsverwirkung die Wirksamkeit genommen wird, wie im Wechselrechte bei Versäumung rechtzeitiger und ordnungsmässiger Protesterhebung, eine Aufrechnung aktiv und passiv ausgeschlossen. Insbesondere ist daher eine Kompensation mit der Forderung aus einem Domizilwechsel gemäss §§ 43 und 99 W.-O., wenn der Protest versäumt ist, gegenüber allen Wechselschuldnern nicht angängig.

Doch hat das Gesetz hier in einem Falle eine Ausnahme gemacht. Durch die Ausübung des vertragsmässigen Rücktrittsrechts erlischt der dem Gläubiger

aus dem Rechtsgeschäfte zustehende Anspruch auf Leistung. Daher ist an sich nach Erklärung des Rücktritts eine Aufrechnung gegen diese Forderung ausgeschlossen. Indessen gestattet § 357, wenn der Gläubiger sich für den Fall, dass sein Gegner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, den Rücktritt vorbehalten hat, die Aufrechnung auch noch nach erklärtem Rücktritt, wenn sie unverzüglich (§ 121) nach dem Rücktritt erklärt wird. Diesfalls wird nachträglich der bereits erklärte Rücktritt unwirksam.[1])

Die aufgerechnete Forderung muss auch wider den Willen des Gegners erzwingbar sein. Wenn gewissen Vorgängen[2]) eine abgeschwächte Wirkung beigelegt ist, so insbes. in den Fällen der §§ 656 und 762, nach welchen durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe, ebensowenig wie durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit begründet wird, andererseits aber das auf Grund des Versprechens eines Lohnes, bezw. des Spieles oder der Wette Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, so ist die Aufrechnung wegen Mangels der Erzwingbarkeit der Leistung ausgeschlossen. Es ist nicht erforderlich, dass die Forderungen liquide, d. h. ihrer Existenz nach durch rechtskräftiges Urteil, gerichtliches Geständnis oder öffentliche Urkunden festgestellt sind oder in Bälde liquidabel sind, da das Gesetz das Erfordernis der Liquidität in § 387 B. G.-B. nicht nennt. Hieraus folgt, dass im Prozesse ein bestimmter Betrag nicht sofort angegeben zu werden braucht, sondern dass man in analoger Anwendung des § 254 Z.-P.-O. bei gleichzeitigem Vorschützen der Aufrechnung zunächst Widerklage auf Rechnungslegung, Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder Ableistung des Offenbarungseides erheben und sich bis zur Legung der Rechnung, bezw. der Vorlage des Vermögensverzeichnisses oder Leistung des Offenbarungseides die bestimmte Angabe des Betrages, mit welchem man kompensieren will, vorbehalten kann.[3])

[1]) Der § 357 gilt nicht, wenn der Gläubiger infolge Verzugs des Schuldners an der Leistung kein Interesse mehr hat; das diesfalls gemäss § 286 I dem Gläubiger auch ohne Vorbehalt gegebene gesetzliche Rücktrittsrecht fällt nicht unter den § 357.

[2]) Ob es sich empfiehlt, für derartige Verbindlichkeiten den Ausdruck „Naturalobligationen" zu verwenden, bleibt dahingestellt. cf. Siber. S. 90.

[3]) Weissmann S. 13 unten.

Gleichgültig ist des weiteren, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Vergleiche zur Hauptforderung aus demselben oder einem verschiedenen Rechtsgrunde erwachsen ist. (Erfordernis der Konnexität.)[1])

Weissmann, S. 5 lehrt, dass die Forderungen in dem Sinne von einander wechselseitig unabhängig sein müssen, dass eine Aufrechnung nicht in Frage komme, wenn von vornherein nur ein Anspruch einer Partei auf die Differenz der beiden Forderungen zur Frage stehe. Gewiss ist theoretisch dieser Rechtssatz durchaus richtig.[2]) Doch es ergiebt sich schon aus dem Begriff des subjektiven Rechtes als eines nach gesetzlicher Vorschrift bestimmte Befugnisse einräumenden und eventuell zwangsweise realisierbaren Wollendürfens, dass, wenn eine Beeinflussung durch ein gegen den Träger des subjektiven Rechtes gerichtetes sonstiges Recht eintreten soll, es mindestens einer irgendwie gearteten Willensäusserung bedarf, und dass daher, wenn auch ohne solche Reaktion des Inhabers des Gegenrechtes eine Beeinflussung oder gar die Aufhebung des Hauptrechtes eintreten soll, eine besondere gesetzliche Bestimmung dieser Ausnahme nötig ist. Soweit wir übersehen, sind derartige Normierungen, abgesehen von der gesetzlichen Aufrechnung (s. unten § 18) nicht getroffen. Wir müssen uns hier darauf beschränken darzuthun, dass in den von Weissmann angeführten Beispielen eine Minderung der einen Forderung um den Betrag der andern ipso iure nicht vorliegt. Weissmann (S. 5) meint insonderheit, dass beim Mandat der Anspruch des Mandanten von vornherein nur auf die Differenz zwischen den Einnahmen des Mandatars und den Ausgaben desselben gehe, dass also nur ein Anspruch bestehe. Dem ist zu widersprechen: Es handelt sich um zwei gegen-

[1]) Dagegen spielt die Frage der Liquidität und Konnexität im Prozessrechte eine Rolle. cf. Z.-P.-O. §§ 302. 145. Auch 529 III. Die Betrachtung dieser Vorschriften, nicht minder auch die der sonstigen auf die Kompensation bezüglichen Vorschriften der Z.-P.-O. (§ 293 II), sowie der K.-O. liegt ausserhalb des Rahmens der Arbeit.

[2]) Auch schon das R.-R. kannte eine ähnliche Spezialbestimmung in dem Rechtssatze: „Necessarias impensas ipso iure dotem minuere." Die Erstattungspflicht des Mannes mindert sich von Rechtswegen um den Betrag der notwendigen Auslagen, auch ist ein Vertrag, durch welchen der Mann auf die Erstattung derselben verzichtet, nichtig. Es führt zu weit, auf den Grund dieser Bestimmungen einzugehen. s. Dernburg, Kompens. S. 105 ff. bs. 113; Pand. III S. 32. 44. Brinz S. 1 und 2.

seitige Ansprüche einerseits des Mandanten auf Herausgabe der Einnahmen, andererseits des Mandatars auf Erstattung der Auslagen. Allerdings beruhen die beiderseitigen Ansprüche auf derselben rechtlichen Grundlage, dem Mandatskontrakte, und diesem Umstande hat das Gesetz dadurch Rechnung getragen, dass es eine Beeinflussung der Ansprüche in bestimmter Richtung statuiert hat. Keine Partei kann wider ihren Willen gezwungen werden, die geschuldete Leistung zu bewirken, so lange nicht auch der Gegner seinen Verbindlichkeiten, soweit sie fällig sind, nachkommt. Es steht dem Angesprochenen die Einrede [1]) des Zurückbehaltungsrechtes zu. (§ 273 I.) Ist aber ein Angriff mittelst Einrede zur Geltendmachung eines Rechts nötig, so liegt eben eine Minderung der gegnerischen Ansprüche ipso jure [2]) nicht vor. Eine so weit gehende Beeinflussung der gegenseitigen Forderungen durch einander ist eben nicht vom Gesetzgeber beliebt worden. Ebenso steht es mit dem weiteren von Weissmann (S. 5, 33) angeführten Beispiel, dem Anspruche eines Kautionsstellers auf Rückgabe der Kaution beim Vorliegen von Ansprüchen, zu deren Sicherung die Kaution dient. Auch hier ist der Kautionsnehmer berechtigt, die Rückgabe der Kaution so lange zu verweigern, bis den auf den Thatbestand, welcher den Kautionsgeber zur Schadloshaltung verpflichtet, sich gründenden Verbindlichkeiten des Kautionsnehmers genügt ist; auch hier also Geltendmachung mittelst Einrede und keine Minderung ipso iure.

Wir müssen daher dem von Weissmann gelehrten Rechtssatze die praktische Bedeutung absprechen. [3])

§ 2.

Die Aufrechnung mit und gegen bedingte Forderungen.

Die Aufrechnung mit und gegen bedingte Forderungen anlangend, so bezieht sich der § 388 Abs. 2, nach

---

[1]) Über den Begriff der Einrede s. unten S. 15 ff.

[2]) cf. auch Planck II. S. 44.

[3]) Aus anderen Gründen kommen wir, wie vorweg bemerkt sein mag, ebenfalls zu den von Weissmann, S. 33, gezogenen Konsequenzen. Gegen die Darlehnsforderung im Weissmannschen Beispiele kann aus dem Grunde nicht aufgerechnet werden, weil dieselbe mit einer Einrede behaftet ist, und eine Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung unwirksam ist, s. unten S. 16: cf. auch James Goldschmidt bei Kohler und Ring XV, S. 166.

welchem die Erklärung der Aufrechnung unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung — oder Zeitbestimmung — abgegeben wird, nur auf den Fall, dass die Aufrechnungserklärung selber bedingt — oder betagt — ist; nicht aber wird hierdurch die Aufrechnung mit oder gegen bedingte — oder betagte — Forderungen getroffen. [1]) Indessen

1. besteht eine aufschiebend bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung noch nicht [2]), da die Wirkung des Rechtsgeschäftes erst mit dem Eintritt der Bedingung eintritt. Daher kann vor Eintritt der Bedingung weder mit ihr, noch gegen sie aufgerechnet werden.

2. Was die resolutiv bedingten Forderungen anlangt, so sind diese aktiv, wie passiv, zur Kompensation geeignet. [3]) Nach § 158 II ist die Wirkung des Rechtsgeschäftes mit dessen Abschlusse eingetreten, die Forderung besteht und ist daher zur Kompensation geeignet; daher führt die vollzogene Aufrechnung gemäss § 389 zum Erlöschen der Gegenforderung Fällt die Bedingung aus, so behält die erzeugte Wirkung, der Untergang der Gegenforderung, Bestand; tritt die Bedingung aber ein, so endigt mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäftes, der Schuldner einer resolutiv bedingten Forderung hört von jetzt auf zu schulden. Ohne weiteres ergiebt sich hieraus nicht, dass der Aufrechnungserfolg jetzt dahinfällt. Indessen wenn durch die resolutiv bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung auf Grund eines mit oder gegen dieselbe vorgenommenen Rechtsgeschäftes ein rechtlicher Erfolg u. z. der Untergang der Gegenforderung erzeugt wird, so überträgt sich, da ja an der in Folge der Aufrechnung untergegangenen resolutiv bedingten Forderung selber eine Änderung nicht mehr bewirkt werden kann, die Wirkungskraft der Resolutivbedingung an dem durch die resolutiv bedingte Forderung Erzeugtem, den Untergang der Gegenforderung. Der Untergang der Gegenforderung fällt nachträglich dahin, und besteht letztere daher von diesem Augenblicke an wieder. In der Zwischenzeit zwischen der Erklärung der Kompensation und dem Eintritt der Bedingung ist dagegen der Aufrechnungserfolg, der Untergang der Gegenforderung vorhanden gewesen. Erst vom Augenblicke des Eintrittes der Bedingung tritt der frühere

[1]) Planck II, S. 171, Lippmann S. 243.
[2]) Plank II, S. 176, I, S. 204, Endemann I., S. 325.
[3]) Siber S. 117, Kohler bei Rusch 24, S. 9, 21.

Rechtszustand (§ 158 II 2ter Halbsatz), das Wiederaufleben der Gegenforderung, wieder ein.[1]) Es tritt keine Rückwirkung ein. Ebenso wie derjenige, welchem Eigentum unter einer Resolutivbedingung übertragen worden ist, deshalb weil er eben in der Zwischenzeit auch Eigentümer thatsächlich war, den ihm durch diese Rechtsstellung verschafften Vorteil auf Grund des Erwerbes der in der Zwischenzeit getrennten Früchte zu Eigentum gemäss § 953 behält,[2]) bleibt die Thatsache bestehen, dass die Forderungen in der Zwischenzeit oder richtiger gemäss § 389 von dem Augenblicke an, in welchem sich die Forderungen als kompensabel gegenüber getreten sind,[3]) erloschen waren. Daher können die Zinsansprüche, welche dem Aufrechnungsgegner für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung an sich zugekommen waren, für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung nicht gefordert werden. Natürlich können die Parteien vertragsmässig eine Rückziehung des Eintritts der Resolutivbedingung auf einen früheren Zeitpunkt belieben; doch äussert eine derartige Abmachung gemäss § 159 nur obligatorische Wirkungen, woraus insbesondere folgt, dass die Pfänder und Bürgen für die bis zum Eintritt der Bedingung seit der Kompensabilität[3]) erwachsenen Zinsansprüche nicht haften; auch ist zu beachten, dass eine Vermutung für eine derartige Absicht nicht streitet. Es darf daher nicht übersehen werden, dass, da desbehufig eine Vereinbarung erzielt werden muss, der zum Abschlusse derselben nicht geneigte, resolutivbedingt schuldende Kompensant auch gegen den Widerspruch des mit einer verzinslichen Forderung begabten Aufrechnungsgegners letzteren des Anspruches auf die Zinsen bis zum Eintritte der Bedingung beraubt.

Doch müssen wir unserer Erörterung zwei Modifikationen hinzufügen:

[1]) A. A. Kohler a. a. O. S. 9, S. 21, welcher auf Grund seiner unten S. 76. reprobierten Ansicht, dass die Aufrechnung, in der er eine Anweisung zur Selbstzahlung erblickt, ebenso wie die Zahlung unbedingt wirke, und eine Forderung nicht zur Bedingung sondern nur zur Voraussetzung habe, annimmt, dass bei Eintritt einer Resolutivbedingung eine obligatorische Ausgleichung durch condictio, — abgesehen von § 1977 — einzutreten habe. In der von Siber S. 117 gegebenen Ausführung vermissen wir die hier versuchte Erklärung, weshalb eine obligatorische Ausgleichung nicht eintritt.

[2]) Planck I S. 205, Bothe S. 50.

[3]) S. unten § 13.

a) Der Erbe haftet den Nachlassgläubigern an sich persönlich, jedoch unter der gesetzlichen Resolutivbedingung, dass nicht eine Nachlassverwaltung angeordnet oder der Nachlasskonkurs eröffnet wird; diesfalls beschränkt sich seine Haftung auf den Nachlass (§ 1975). Ebenso haften die Nachlassactiva den persönlichen Gläubigern des Erben unter der gesetzlichen Resolutivbedingung, dass nicht die beschränkte Haftung des Erben eintritt, in welchem Falle sie nur den Erben persönlich angreifen können. Hat daher einerseits ein Nachlassgläubiger gegen eine nicht zum Nachlasse gehörige Forderung des Erben aufgerechnet oder hat andererseits ein Gläubiger des Erben gegen eine Nachlassforderung aufgerechnet, so ist, wenn nachher die Nachlassverwaltung angeordnet oder der Nachlasskonkurs eröffnet worden ist, die Resolutivbedingung eingetreten. Gemäss der allgemeinen Regel des § 158 II müsste auch von dem Moment des Eintritts der Resolutivbedingung an die Wirkung des Rechtsgeschäftes aufhören, d. h. mit diesem Moment der Aufrechnungserfolg endigen. Indessen bestimmt der § 1977, dass die Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen ist[1]) d. h. der Eintritt der Bedingung hat hier dinglich rückwirkende Kraft;[2]) es werden — anders als im regulären Falle — dem Nachlassgläubiger aus dem Nachlasse, bezw. dem Gläubiger des Erben von diesem auch die bis zur Eröffnung des Nachlasskonkurses oder der Anordnung der Nachlassverwaltung aufgelaufenen Zinsen geschuldet.

b) Da die Forderung auf eine unverhältnismässig hohe Vertragsstrafe nach § 343 I, soweit sie den angemessenen Betrag übersteigt, durch ein sie herabsetzendes Urteil auflösend bedingt ist, müsste an sich die Herabsetzung auch noch nach geschehener Aufrechnung gemäss den oben dargestellten Grundsätzen zulässig sein. Nun aber ist nach § 343 I Satz 3 die Herabsetzung nach Entrichtung der Strafe ausgeschlossen,

---

[1]) Uebrigens gilt diese Bestimmung in den beiden genannten Fällen nur für den Fall, dass die Aufrechnung ohne Zustimmung des Erben erfolgt ist. Eine Auslassung über den Grund dieser Bestimmung führt zu weit. (s. Planck V S. 92. Siber S. 106.)

[2]) Diese Konsequenz ist, soweit wir übersehen, bisher nicht gezogen worden, insbes. nimmt Kohler bei Busch XXIV S. 21 das Vorliegen einer Resolutivbedingung mit den gewöhnlichen Wirkungen an.

so dass daher auch eine Rückgängigmachung des Aufrechnungserfolges fortfällt. Jedoch versteht das Gesetz unter der Entrichtung eine ohne Zwang aus freien Stücken geschehene Zahlung, da „es dem Schuldner, der mit der Entrichtung die Angemessenheit der Strafe anerkannt oder der in Rechtsunkenntnis gehandelt hat, eine künftige Willensänderung abschneiden will.“ [1])

Hiervon kann jedoch nicht die Rede sein, wenn die Strafe von dem Schuldner auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils beigetrieben oder sie von ihm zur Abwendung der Vollstreckung aus solchem Urteile geleistet wird; Z.-P.-O. § 717 II; ebensowenig kann, wenn der Schuldner bei dieser Sachlage aufrechnet, von einer freiwilligen Entrichtung gesprochen werden; nicht anders steht es, wenn der Gläubiger aufrechnet. Daher ist bei der Aufrechnung des Gläubigers, sowie bei der vom Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erklärten Aufrechnung dem Schuldner das Recht, durch Urteil die Herabsetzung der Strafe nach erklärter Aufrechnung zu erwirken, nicht zu versagen, während es ihm in allen sonstigen Fällen abgesprochen werden muss.

§ 3.

Die Aufrechnung mit und gegen einredebehaftete Forderungen.

Der Begriff der Einrede, welche uns unten noch mehrfach beschäftigen wird, ist nirgends im B. G.-B ausdrücklich bestimmt worden Es bildet einerseits den Gegensatz zur Einwendung, andererseits muss man sich vergegenwärtigen, dass das B. G.-B. unter Einwendung und Einrede etwas anderes als die Zivilprozessordnung versteht.[2])

1. In der Z.-P.-O. handelt es sich bei der Einwendung um jede Behauptung, welche die eine Partei dem Vorbringen einer anderen entgegensetzt, sei sie nun materiell begründet oder nicht. Der Begriff der Einrede ist dagegen ein engerer. Wenn wir von den spezifisch prozessualen Einreden, nämlich der prozesshindernden Einrede, welche lediglich die Behauptung prozessualer Hinderungsgründe, des Fehlens einer Prozess-

[1]) Siber, S. 117.
[2]) Fischer und Haehnle ad § 202 A. 6. Planck I, S. 49. Matthias I S. 280 ff.; Weissmann S. 10. Siber S. 90.

voraussetzung, enthält, und der Beweiseinrede, welche die Zulässigkeit, die Glaubenswürdigkeit oder die Wirksamkeit der gegnerischen Beweismittel rügt, absehen, so enthält die Einrede die Geltendmachung eines ausserhalb des Klagegrundes liegenden Grundes zur Abweisung oder Modifikation der Verurteilung. Auch bei der zivilprozessualen Einrede kommt es nicht darauf an, ob sie thatsächlich zu Recht besteht oder nicht.

2. Anders im B. G.-B. Sowohl bei Einreden, wie bei Einwendungen handelt es sich nicht um lediglich behauptete, sondern um wirklich bestehende und ausschliesslich privatrechtliche — im Gegensatz zu den sub 1 beregten spezifisch prozessualen — Hindernisse. Einwendungen sind die rechtsaufhebenden und rechtshindernden Thatsachen. Sie bringen den Anspruch zum Untergang, bezw. stehen seiner Entstehung im Wege. Anders die Einrede: Diese ist ein subjektives Recht, ein Gegenrecht, das den Schuldner, ohne dass die Entstehung oder die Fortdauer des behaupteten Rechtes beeinträchtigt wird, zur dauernden oder vorübergehenden Verweigerung der Leistung berechtigt (zerstörliche bezw. verzögerliche Einrede). Fällt daher die Einrede fort, so ist die Forderung wieder als vollwirksam vorhanden, während die durch Einwendung einmal aufgehobene Forderung nicht wieder aufleben kann. Praktisch ist dies besonders für die Accessorien wichtig. Auf einen rechtsaufhebenden und einen rechtsvernichtenden Umstand kann sich des weiteren jeder Dritte berufen, während eine Einrede nur der vorbringen kann, dem das Einrederecht in concreto zusteht. Verzögerliche Einreden sind z. B. die Einreden des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrages (§ 202), eine zerstörliche Einrede ist insbesondere die der Verjährung.

Eine Forderung nun, welcher eine Einwendung entgegensteht, ist als eine überhaupt nicht zur Entstehung gelangte Forderung, zur Aufrechnung weder aktiv noch passiv geeignet.

Was eine einredebehaftete Forderung anlangt, so ist diese

a) nach § 390 Satz 1 aktiv zur Kompensation nicht geeignet. Nicht wird zwischen zerstörlichen und verzögerlichen Einreden unterschieden. Eine Forderung, der eine verzögerliche Einrede entgegensteht, ist wirt-

schaftlich eine betagte Forderung, so dass schon auf Grund des § 387, weil die Leistung noch nicht gefordert werden kann, die Forderung zur Kompensation ungeeignet ist.[1]) Hieraus ergiebt sich in Sonderheit, dass mit einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag nicht aufgerechnet werden kann, sofern nicht die Gegenleistung vorher bewirkt ist oder gleichzeitig bewirkt wird. Dagegen würde nach § 387 eine Forderung trotz des Entgegenstehens einer peremptorischen Einrede, da diese der Forderung, wie wir oben gezeigt haben, den rechtlichen Beistand nicht nimmt, und die eine Partei der andern trotz des Bestehens der Einrede doch noch eine Leistung schuldet, zur Aufrechnung geeignet sein, und war daher hier die ausdrückliche Statuierung des § 390 I erforderlich.

Eine Ausnahme macht der § 390 II für verjährte Forderungen. Wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen eine andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, kann sie auch noch nach Ablauf der Verjährungszeit zur Aufrechnung benutzt werden. Diese erst in II. Lesung — s. Protokolle II Band I S. 363 — aufgenommene Bestimmung ist aus Billigkeitsrücksichten getroffen worden, da vielfach der Schuldner, der eine Gegenforderung hat, sich für befriedigt halten und deshalb die Erklärung der Aufrechnung versäumen wird; beim Fehlen dieser Bestimmung würde daher dem Gegner ermöglicht werden, auf diese falsche Vorstellung zu spekulieren und sich dadurch einen Vorteil zu verschaffen, dass er mit der Geltendmachung seiner Forderung, gegen welche, wenn die Geltendmachung vor Ablauf der Verjährungszeit erfolgt wäre, der Schuldner sofort aufgerechnet haben würde, bis zur Vollendung der Verjährung wartet. Insbesondere gegenüber den den kurzen Verjährungsfristen unterliegenden Forderungen könnte Missbrauch getrieben werden.

Eine Ausnahme hiervon wiederum ist in den §§ 479 und 639 für die Ansprüche auf Schadensersatz wegen zugesicherter Eigenschaften des Kaufobjektes (§ 463) und solcher Mängel des bedungenen Werkes, welche auf einem Umstande beruhen, den der Unternehmer zu ver-

[1]) Planck II S. 176.

treten hat (§ 635) statuirt worden. Diese sollen[1]) nur dann aufgerechnet werden, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist der Mangel dem Schuldner angezeigt oder eine dieser Rüge in § 478 gleichgestellte Handlung vorgenommen worden ist. Der Grund der Bestimmung liegt darin, dass beim Kauf und Werkvertrage der Zweck der kurzen Verjährung vereitelt werden würde, wenn es dem Käufer freistände, seinen an sich nach § 390 II kompensabelen Anspruch auf Schadensersatz auch nach Ablauf der Verjährungszeit geltend zu machen. Deshalb muss, ebenso wie zum Zwecke der in § 478 vorgesehenen Konservierung der Einrede gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufgeldes die Mängelrüge erstattet oder ein derselben gleichstehender Akt vorgenommen werden[2].)

b) Passiv dagegen ist eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, zur Aufrechnung geeignet. Es folgt dies aus argumentum e contrario aus § 390, welcher nur von einer Forderung, die mit einer Einrede behaftet ist, bestimmt, dass mit ihr nicht aufgerechnet werden kann. Dazu kommt, dass schon nach § 387 der Schuldner, wennschon er zur Erfüllung nicht gezwungen werden kann, da er zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, die Leistung, welche er ja trotz Entgegenstehens der Einrede schuldet, bewirken kann. Der Gläubiger der einredebehafteten Forderung hat kein Recht und kein Interesse der Aufrechnung zu widersprechen, er kann nicht verlangen, dass seine Forderung nun auch wirklich durch die Einrede, welche ihr entgegensteht, zerstört werde; wohl hat, wie James Goldschmidt S. 173 sehr richtig bemerkt, „jedermann ein Recht, dass sein liquider Anspruch nicht durch Geltendmachung eines zerstörbaren Gegenanspruches zerstört werde; aber niemand kann ein Recht darauf haben, dass sein in mehrfacher Weise zerstörbarer Anspruch nun auch wirklich in der Weise zerstört werde, wie er es verlangt.“ Insbesondere kann daher auch gegen eine Forderung, der die Einrede der Verjährung entgegensteht, aufgerechnet werden.

Es ist für den Untergang der Forderungen durchaus gleichgültig, ob dem Aufrechnenden das Bestehen der

[1]) Es müsste sich denn um arglistig verschwiegene Mängel (§ 479 Satz 2, 639 I) oder um Hauptmängel beim Viehhandel handeln (§ 490 II).

[2]) Planck II S. 260. Weissmann S. 35.

Einrede bekannt war oder nicht. Im letzteren Falle muss jedoch zwischen einer zerstörlichen und verzögerlichen Einrede unterschieden werden.

α) Bei der Aufrechnung gegen eine mit einer verzögerlichen Einrede behafteten Forderung kann der Kompensant, wenn ihm die Einrede nicht bekannt war,[1]) in analoger Anwendung der §§ 813 I, 814 kondizieren. Denn dass in der Kompensation eine »Leistung« im Sinne der gedachten Vorschrift liegt, kann nicht bezweifelt werden, da auch bei der Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung ein Aufrechnungserfolg i. e. das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen, eintritt, und wennschon der § 813 I bei einer Leistung »zum Zwecke der Erfüllung« zunächst nur an die Erfüllung im technischen Sinne (§ 362), die Leistung des unmittelbaren Gegenstandes der vermeintlichen Verbindlichkeit, denkt, so sollen doch die Fälle, in denen die Obligation durch ein Erfüllungssurrogat, insbes. Leistung an Zahlungsstatt, Hinterlegung oder Aufrechnung, untergegangen ist, entschieden analog behandelt werden, wie dies auch die Motive II S. 831 bezüglich der Leistung an Erfüllungsstatt ausdrücklich und bezüglich der Aufrechnung implicite aussprechen. s. Mot. II S. 832, Zeile 8 von unten ff.

Was den Rückforderungsanspruch gemäss § 813 I betrifft, so wird ihm dadurch genügt, dass die beiderseitigen Forderungen so wiederhergestellt werden, wie sie vor der Aufrechnung bestanden haben. Zu beachten ist jedoch, dass die Haftung der Accessorien untergegangen ist und nur eine persönliche Verpflichtung beider Kontrahenten, dem Gegner die Sicherung durch

[1]) Dass die condicto nur dann gegeben wird, wenn der Leistende die peremptorische Einrede nicht kennt, ist allgemeine Ansicht, s. insbes. Endemann I, S. 897. Anm. 10. Planck II, S. 173. Weissmann S. 11. Siber S. 91. Hellmann in Krit. Vierteljahrschrift, Bd. 42, S. 58. Nicht zu verkennen ist, dass dies nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 814 folgt. Doch müssen wir uns hier mit der Konstatierung der allgemein anerkannten Ansicht begnügen. Dieselbe findet eine wertvolle Stütze in E I § 737 II verb. mit § 737 IV und Mot. II S. 833, 2. Abs., Zeile 9 ff.

Pfänder und Bürgen wieder zu verschaffen, existiert. Uebrigens ist stets die Condiction der Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Erfüllung der Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, sowie wenn der Forderung die Einrede der Verjährung entgegenstand (§§ 813 II, 814),

β) Wenn die Einrede nur eine verzögerliche war, ist in analoger Anwendung des § 813 II, nach welchem bei vorzeitiger Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit die Rückforderung stets ausgeschlossen ist, eine condictio nach erfolgter Aufrechnung unstatthaft, mag auch dem Kompensanten das Bestehen einer verzögerlichen Einrede nicht bekannt gewesen sein.

§ 4.

Die Aufrechnung mit und gegen dingliche Ansprüche.

1. Nach § 387 sind »Forderungen« aufrechnungsfähig; hierdurch ist die Aufrechnung mit und gegen dingliche Ansprüche an sich verneint. Doch wird gegen bestimmte dingliche Ansprüche die Aufrechnung gestattet. Die §§ 1142 II und 1224 geben dem Eigentümer, bezw. dem Verpfänder das Recht der Aufrechnung gegen den Hypotheken- und den Pfandgläubiger. Wenn der Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, so liegt keine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch, sondern gegen die Forderung vor, zu deren Sicherung die Hypothek bzw. das Pfand als Accessorium haftet. Von einer Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch [1]) ist nur dann zu sprechen, wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. [2]) Dass auch für diesen Fall dem Eigentümer [3]) die Berechtigung zur Aufrechnung

[1]) Die Konstructionsfrage bleibt hier vorläufig ausser Betracht; darüber siehe sub 3 in diesem §.

[2]) Siber S. 84 ff.

[3]) Das Gesetz giebt in den in § 1224 nur dem »Verpfänder« die Kompensationsbefugnis; doch steht diese auch demjenigen zu, der das mit dem Pfandrechte belastete Eigentum an der Pfandsache durch Singularsuccession erwirbt, da auf das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Pfandgläubiger die allgemeinen Regeln, also auch § 1224 II Anwendung finden. s. Endemann II, S. 548. Ebenso auch, wenn Eigentümer und Verpfänder bereits

gegen den Hypotheken- und Pfandgläubiger zusteht, folgt schon daraus, dass es der besonderen Statuierung in den gedachten §§, dass die Befriedigung auch durch Aufrechnung erfolgen könne, nicht bedurft hätte, wenn zu ihr nur der zugleich persönlich haftende Eigentümer bezw. Verpfänder berechtigt sein sollte, da ihnen das Recht der Aufrechnung ja schon nach § 387 zusteht.

Der Eigentümer kann nicht nur gegen den Anspruch auf Zahlung des Hypothekenkapitals, sondern auch gegen den Anspruch auf Zahlung der Hypothekenzinsen aufrechnen. Es folgt dies in Sonderheit aus dem von den Hypothekenzinsen handelnden § 1158, in welchem die Möglichkeit nach § 1142 II aufzurechnen unzweideutig vorausgesetzt wird, da in diesem § u. a. auch die Anwendbarkeit des von der Aufrechnung handelnden § 406 statuiert wird. Mit der Kompensation gegen die Forderungen auf die Hypothekenzinsen ist auch die Berechtigung zur Kompensation gegen den Anspruch auf Zahlung von Grundschuld und Rentenschuldzinsen, sowie von einzelnen Realleistungen [1]) anerkannt, da für diese Ansprüche nach den §§ 1192 II, 1200 I und 1107 die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten sollen.

Endlich kann auch der Eigentümer gegen den Anspruch auf Zahlung des Grundschuldkapitals, sowie der Ablösungssumme bei der Rentenschuld aufrechnen; denn nach § 1192 I, welcher seinerseits wieder auf die Ablösungssumme Anwendung findet, sollen die Vorschriften über die Hypotheken insoweit entsprechend angewandt werden, als sich nicht daraus ein anderes ergiebt, dass die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt. Da diese Ausnahme aber in concreto nicht zutrifft, weil dem Eigentümer, auch wenn er nicht persönlicher Schuldner

---

zur Zeit des Pfandkontrakts nicht dieselben Personen sind, z. B. wenn letzterer eine fremde Sache verpfändet hat und dieser Mangel nach § 185 II geheilt wird. Wir handeln daher im Folgenden auch beim Mobiliarpfand nur von dem »Eigentümer«.

[1]) Wenn bei der Verpflichtung zur Leistung einzelner Reallasten gleichzeitig eine persönliche Verpflichtung des Eigentümers statuiert ist, was nach § 1108 I die Regel ist, so liegt ebenso, wie wenn der Eigentümer dem Hypothekengläubiger gleichzeitig persönlich haftet, in der Kompensation des Eigentümers gegen den Gläubiger nur eine Aufrechnung gegen die persönliche Forderung des Gläubigers; von einer Kompensation gegen den dinglichen Anspruch ist dann nicht die Rede. Siber S. 84.

ist, die Berechtigung zur Aufrechnung gegen den Hypothekengläubiger beigelegt ist, kann die Anwendbarkeit des § 1142 II auf die Grundschuld und die Ablösungssumme bei der Rentenschuld nicht bezweifelt werden.

Mit der Aufrechnung erwirbt der Eigentümer, wenn Eigentum und persönliche Schuld auseinanderfallen, bei der Hypothek, der Reallast und dem Pfandrecht die Forderung [1]) und bei der Hypothek und Reallast das dingliche Recht hinsichtlich des Kapitals, sowie der noch nicht fälligen Zinsen und anderweitigen Nebenleistungen bezw. der Einzelleistungen, [2]) während in Ansehung der fälligen Zinsen etc. das dingliche Recht untergeht.[3]) Das Pfandrecht geht ebenfalls unter.[4]) Bei Aufrechnung gegen die Grundschuld und die Ablösungssumme bei der Rentenschuld geht das dingliche Recht hinsichtlich des Kapitals und der Zinsen während der Dauer einer Zwangsvollstreckung auf den Kompensanten über.[5])

In allen beregten Fällen kann nur der Eigentümer aufrechnen, nicht kann auch gegen den Eigentümer aufgerechnet werden.[6]) Wäre dies angängig, so würde der dinglich Berechtigte seine Befriedigung nicht aus der Sache, aus welcher er allein Befriedigung suchen darf, verlangen, sondern sich aus dem ihm gar nicht verhafteten, sonstigen Vermögen des Eigentümers befriedigen.

2. In diesen Zusammenhang gehören auch die Fälle des sog. Ablösungsrechtes,[7]) die §§ 268, 1150, 1249:

a) Nach § 268 I u. III kann jeder, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung in einen, dem Schuldner gehörigen Gegenstand [8]) ein Recht an dem Gegenstand oder bei einer Zwangsvollstreckung in eine Sache den Besitz derselben zu verlieren, den Gläubiger befriedigen, sobald dieser die Zwangsvollstreckung betreibt. Insbesondere kann demnach jeder aufrechnen, dessen Recht gemäss § 44 Z.-V.-G. in dem Zwangs-

[1]) §§ 1143 I, 1107, 1225.
[2]) §§ 1143 I, 1178 I, 1107.
[3]) §§ 1178 I, 1107.
[4]) § 1250 I Satz 1 vbd. mit 1256 I Satz 1, a. A. anscheinend Siber S. 88.
[5]) § 1192 I, 1200, 1197 I.
[6]) Siber S. 86, Endemann II S. 498. A. 13.
[7]) Endemann I S. 612, II S. 500. Siber S. 87.
[8]) s. Endemann I S. 234 über den Begriff des Gegenstandes.

versteigerungsverfahren bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt werden und daher nach § 91 Z.-V.-G. untergehen würde; nicht minder darf auch der Mieter und Pächter den Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen. Es handelt sich hier nicht um eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch, sondern um eine Aufrechnung gegen die persönliche Forderung, da das durch die Zwangsvollstreckung geschaffene dingliche Recht[1]) nur als Accessorium für die Forderung besteht, und daher die Aufrechnung sich gegen die Forderung, als die Hauptsache, richten muss.[2]) Es kann ja nur in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden, und richten sich daher Forderung und das durch die Zwangsvollstreckung erzeugte, dingliche Recht, stets gegen eine und dieselbe Person.

b) Nach § 1150 kann jeder, der Gefahr läuft, ein Recht an dem belasteten Grundstücke oder dessen Besitz durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung zu verlieren, den Hypothekengläubiger oder Grundschuld-Rentenschuld- und Reallastberechtigten (§ 1192, 1200, 1107) befriedigen, sobald der dinglich Berechtigte aus dem Grundstücke Befriedigung verlangt; nicht erforderlich ist, dass die Zwangsversteigerung eingeleitet worden ist, wennschon selbstverständlich auch dann das Ablösungsrecht gegeben ist. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Einleitung der Zwangsversteigerung ein neues dingliches Recht nicht begründet wird, sondern nur die zur Realisierung derselben erforderlichen Massnahmen getroffen werden.

c) Nach § 1249 endlich kann jeder, der durch die Veräusserung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, den Pfandgläubiger durch Aufrechnung befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

---

[1]) Ein Pfandrecht wird begründet durch die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen Z.-P.-O. § 804 I[1], ebenso wenn die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch die Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgt. Z.-P.-O. § 866 I. Durch die Beschlagnahme eines Grundstücks zum Zweck der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung wird gemäss § 10 Z.-V.-G. ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück, mithin ein dingliches Recht, begründet; wie dieses zu charakterisieren ist, lassen wir dahingestellt. s. Wolff, Zwangsversteigerungsgesetz. 1899. S. 30. Anm. 4.

[2]) Anderer Ansicht anscheinend Siber S. 86 unten.

Auch bei b und c kommt aus dem mehrfach beregten Grunde eine Aufrechnung gegen den dinglichen Anspruch nur dann in Frage, wenn Eigentum und persönliche Schuld auseinanderfallen, oder eine persönliche Schuld überhaupt nicht existiert.

Der Ablösungsberechtigte erwirbt in allen Fällen die Forderung nebst dem daneben bestehenden dinglichen Rechte[1]) (§§ 1150, 1249, 268, 401, 412), bezw. wenn eine Forderung nicht vorhanden ist, nur das dingliche Recht.

Selbstverständlich ist, dass nicht auch der Gegner des Ablösungsberechtigten die Kompensationsbefugnis hat.

3. Die rechtliche Struktur der sub 1 und 2 beregten Kompensationsbefugnis ist in verschiedener Weise erklärt worden.

a) Planck II S. 39 spricht bei § 268 von einem dem Dritten zustehenden, eigenen, selbständigen Rechte, den Gläubiger zu befriedigen und hierdurch dessen Forderung zu erwerben; das Recht habe den Charakter eines Enteignungsrechtes.

Thatsächlich würde aber diesfalls dem Gläubiger sein Anspruch abgekauft werden, und der Konsens desselben ausnahmsweise nicht erforderlich sein; im Falle der Aufrechnung würde dann gegen die Kaufschillingforderung eine anderweit begründete Forderung aufgerechnet werden.

Doch giebt hiergegen zu Bedenken Anlass, dass der Kompensat als Verkäufer einer Forderung nach § 437 I für die Existenz des Anspruches haften müsste, und daher dem Kompensanten ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatzforderung gemäss §§ 437 I, 440 I, 325 I zustehen müsste. Dass aber bei einem derartigen durch gesetzliches Enteignungsrecht gestatteten Aufdrängen eines Zwangskaufes eine über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung hinausgehende Haftung des Verkäufers und vor allem eine so weitgehende Haftung, wie sie hier angenommen werden müsste, zu Unzuträglichkeiten führen würde, liegt auf der Hand.

Aus demselben Grunde ist diese Konstruktion auch dort unanwendbar, wo Forderung und dingliches Recht

[1]) Siber S. 88, Geib bei Busch 26, S. 115.

auseinanderfallen oder nur ein dingliches Recht vorhanden ist. Ueberdies fehlt es, wenn wie bei der Aufrechnung gegen rückständige Grundschuld- und Rentenschuldzinsen, sowie einzelne Reallastleistungen gar kein Recht auf den Erwerber übergeht (§ 1178 I) an einem Kaufobjekt; ein solches ist aber doch auch bei einem „Zwangskaufe" nötig.

b) Siber S. 89, welchen sich Matthiass I S. 390 anschliesst, geht davon aus, dass die Befriedigung aus dem Grundstück oder dem Faustpfande nur durch Zwangsvollstreckung oder Pfandverkauf (§ 1147. 1228) erfolgen könne. Auch wenn der Eigentümer des Grundstücks den Hypotheken- oder Pfandgläubiger freiwillig bezahle, befriedige er denselben nicht, sondern er wende die Befriedigung des Gläubigers, „die Erzwingung der Leistung aus der Sache" kraft einer Leistung, die eine Befriedigung des Gläubigers nicht enthalte, ab. Zu dieser Abwendung der Befriedigung gewähren die oben erwähnten Bestimmungen dem Eigentümer ein selbständiges Recht, und sei auch die Abwendung der Befriedigung durch Aufrechnung gestattet.

c) Die Annahme, von der Siber ausgeht, dass auch die freiwillige Zahlung den Grundstücksgläubiger nicht befriedige, trifft sicher bei der Grundschuld nicht zu.[1]) Hier „schuldet", wie schon der Name Grundschuld besagt, der jeweilige Eigentümer des Grundstücks dem Grundschuldberechtigten die intabulierte Summe; er ist also thatsächlich „verpflichtet", dieselben zu zahlen;[2]) Dass seine Haftung eine nur sachliche ist, dass beim Ausbleiben der Zahlung das „gerichtliche Zahlungsmandat"[3]) nicht gegen ihn persönlich, sondern nur gegen ihn, als Eigentümer des Grundstücks, gerichtet wird, und als Exekutionsobjekt nur das Grundstück, nicht das gesamte Vermögen dient, ändert nichts an der Thatsache, dass der Eigentümer den intabulierten Betrag schuldet. Kommt er dieser Verbindlichkeit freiwillig nach, so darf man nicht sagen, dass der Grundstückseigentümer etwas ausserhalb seiner Verbindlichkeit liegendes, ein aliud, leiste. Ebenso steht es aber auch bei der Verpflichtung zur Zahlung von Grundschuld- und Rentenschuldzinsen,

[1]) Geib bei Busch 26, S. 116.
[2]) von Meibom Mecklb. Hypoth.-Recht., S. 33/34.
[3]) v. Meibom l. i.

sowie der Ablösungssumme bei der Rentenschuld und den einzelnen Reallastleistungen. auch hier liegt eine Schuld, wenn auch nur eine „sachliche“ vor.

Doch auch bei der Hypothek ist der nicht persönlich schuldende Eigentümer „Schuldner“ [1]) der im Grundbuch intabulierten Summe, die er aus dem Grundstück zu zahlen pflichtig ist. Muss doch auch die vom Hypothekar ausgehende Kündigung, wenn sie dem Eigentümer gegenüber wirken soll, diesem gegenüber erklärt werden (§ 1141), kann doch auch der Eigentümer in Verzug kommen, (§ 1146), ist doch ferner auch in den §§ 592, 688, 794 V der Z.-P.-O. der Anspruch aus einer Hypothek als ein auf „Zahlung“ einer Geldsumme gerichteter „Anspruch“ ausdrücklich anerkannt worden. Man kann nicht sagen, dass der Eigentümer nur leisten d ü r f e mit der Rechtsfolge, dass der Hypothekar durch Nichtannahme im Verzug käme; er s o l l auch leisten,[2]) er kommt einer Verpflichtung nach.

Die Siber'sche Konstruktion passt also auf die sub c erwähnten Fälle nicht; vielmehr ist anzunehmen, dass hier eine Aufrechnung gegen einen dinglichen Anspruch vorliegt, nicht aber eine Abwendung der Durchführung eines solchen.

d) Dagegen darf u. E. — und hierin weichen wir von Geib, der für diesen Fall eine Ausnahme nicht statuiert, ab — von dem nicht persönlich haftenden Eigentümer einer verpfändeten beweglichen Sache nicht gesagt werden, dass er zu irgend einer Leistung v e r p f l i c h t e t ist, dies ergiebt schon die Vergleichung des Wortlautes der §§ 1113 und 1204. Bei der Hypothek (§ 1113) ist zur Befriedigung des Gläubigers eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu z a h l e n, nach § 1204 wird dagegen eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet, dass der Gläubiger berechtigt wird, seine Befriedigung aus der Sache zu suchen; von einer Zahlungspflicht, oder allgemeiner gesagt, einer Pflicht irgend etwas aus der Sache zu leisten, besagt der § 1204 nichts. Das dingliche Recht verpflichtet vielmehr nur zu einem Dulden, einem passiven Verhalten gegenüber der Durchführung des Pfandverkaufes. Dass in den Ablösungsfällen von

[1]) [2]) Geib bei Busch 26, Seite 116/117.

einer Leistungspflicht des Ablösungsberechtigten nicht die Rede sein kann, bedarf nicht einer Erörterung.

Doch glauben wir, dass es der gekünstelten Siber'schen Konstruktion zur Erklärung der Kompensationsbefugnis in diesen Fällen nicht bedarf. Spricht doch das Gesetz gerade in den §§ 1224 und 268 davon, dass die „Befriedigung" des Gläubigers auch durch Aufrechnung „erfolgen" könne; es ist mithin immer prekär mit Siber zu behaupten, dass eine gesetzliche Befriedigung gar nicht vorliege, sondern nur eine Abwendung derselben durch eine andere Leistung; im Falle des § 268 ist überdies, wie sub 2a ausgeführt wurde, diese Konstruktion schon aus dem Grunde nicht anwendbar, weil für die Aufrechnung dort der neben der Forderung accessorisch bestehende dingliche Anspruch gar nicht in Frage kommt, sondern die Aufrechnung sich gegen die Forderung richtet.

Vielmehr möchten wir annehmen, dass ausnahmsweise einem Dritten gestattet wird, gegen die persönliche Forderung [1]) des Gläubigers eine ihm zustehende Forderung aufzurechnen; soweit aber in den Ablösungsfällen eine persönliche Forderung fehlt oder bei dem Andrängen eines Hypothekengläubigers der Grundstückseigentümer nicht persönlich haftet, wenden wir die sub 3c dieses § gefundenen Grundsätze entsprechend an und halten dafür, dass diesfalls ausnahmsweise einem Dritten gestattet werde, die dingliche Schuld eines Andern durch Aufrechnung zu tilgen. Das naheliegende Interesse des Pfandschuldners und Ablösungsberechtigten, den Pfandverkauf, bezw. die Durchführung der Zwangsvollstreckung zu hindern, hat den Gesetzgeber zur Statuierung einer Ausnahme von dem im nächsten § behandelten Prinzip der Gegenseitigkeit der Ansprüche bewogen.

Dass, wie Siber S. 89 meint, die Konsequenz unserer Ansicht dahin führe, auch jedem Dritten, der zur Erfüllung nach § 267 berechtigt ist, die Kompensationsbefugnis zu geben, vermögen wir nicht einzusehen, da ein derartig naheliegendes Interesse am Eingriff in fremde Vermögensangelegenheiten nicht bei jedem nichtinteressierten Dritten vorliegt.

---

[1]) Geib bei Busch 26, S. 117.

§ 5.

2. Gegenseitigkeit der Forderungen.

Erfordernis der Aufrechnung in subjektiver Beziehung ist die Gegenseitigkeit der Forderungen. „Jeder Teil" kann aufrechnen, wenn zwei Personen einander Leistungen schulden, sagt § 387. Schon durch den Wortlaut[1]) ist das Recht eines Dritten zur Kompensation ausgeschlossen. Einen weiteren Belag für die Richtigkeit unserer Meinung haben wir in dem § 422 II, in welchem bestimmt ist, dass die Gesamtschuldner nicht die einem Mitgesamtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Forderung aufrechnen dürfen. Wenn hiezu aber nicht einmal die Mitgesamtschuldner, welchen doch ihr correns im Zweifel regresspflichtig ist (§ 426), befugt sind, kann die Kompensationsbefugnis einem Dritten den Parteien fernstehenden sicher nicht gegeben sein. Uebrigens ist auch zu beachten, dass die Befugnis eines Dritten, der nach § 267 B. G.-B. an den Gläubiger leistet, kein selbständiges Recht des Dritten gegen den Gläubiger ist, da aus der Nichtannahme nur der Schuldner den Vorteil zieht, dass der Gläubiger in Annahmeverzug kommt, während im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten dem Gläubiger ein Rechtsnachteil aus der Nichtannahme nicht erwächst.[2]) Wollte man nun annehmen, das Gesetz habe jedem Dritten das Recht gegen den Gläubiger aufzurechnen gewähren wollen, so würde man, da durch die Aufrechnung nach § 389 die Forderung des Gläubigers erlischt u. z. derart, dass nicht einmal ein Widerspruch des Gläubigers den Untergang seiner Forderung hindert, dem Gesetz mit Recht den Vorwurf der Inkonsequenz machen dürfen.

Aus der Statuierung, dass die zur Kompensation gestellten Forderungen gegenseitige sein müssen, ergiebt sich in Sonderheit Folgendes:

a) Der Cedent kann nicht gegen den Cessus nach erfolgter Cession aufrechnen, da er mit dem Abschlusse des Cessionsvertrages aufgehört hat, Gläubiger zu sein (§ 398 II); so auch im Falle einer Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes, selbst wenn ihm von derselben

[1]) Ander. Ans. Mot. II S. 105; dagegen schon Prot. Bd. I S. 302.

[2]) Planck II, S. 39. Siber S. 97.

gar nichts bekannt ist (§ 412). Aus demselben Grunde müsste an sich auch der Cessus nicht mehr Forderungen gegen den Cedenten nach erfolgter Cession aufrechnen dürfen, da nach Abschluss des Cessionsvertrages der neue Gläubiger Träger der Obligation geworden ist. Doch ist aus Utilitätsrücksichten das Prinzip in diesem Punkt durchbrochen worden.[1])

b) Bei der nach § 414—416 vorgenommenen — privativen — Schuldübernahme kann der Schuldübernehmer nicht eine dem bisherigen Schuldner gegen den Gläubiger zustehende Forderung aufrechnen (417 I Satz 2). Ebensowenig, wennschon dies nicht ausdrücklich im Gesetze bestimmt ist, darf der Gläubiger die ihm nach der Uebernahme nur gegen den neuen Schuldner zustehende Forderung gegen Forderungen, welche der alte Schuldner gegen ihn hat, aufrechnen.

c) Der Bürge, gleichgültig ob er subsidiär oder solidarisch neben dem Hauptschuldner haftet, kann nur Forderungen, welche ihm gegen den Gläubiger zustehen, nicht auch Forderungen, welche dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen, aufrechnen.[2]) Ebensowenig kann der nicht zugleich persönlich haftende Eigentümer eine dem persönlichen Schuldner zustehende Forderung gegen den Hypotheken- und Pfandgläubiger aufrechnen, da es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt.

Das Gesetz hat ihnen das Recht, den Gläubiger zur Vornahme der Aufrechnung zu zwingen, nicht eingeräumt; ebensowenig können sie den persönlichen Schuldner hierzu zwingen. Indessen hat das B. G.-B. in den §§ 770 II, 1137, 1211 dem Bürgen und nicht persönlich haftenden Eigentümer eine verzögerliche Einrede des Inhaltes gegeben, dass sie die Befriedigung des Gläubigers

---

[1]) s. unten S. 31 ff.

[2]) Anderer Ansicht Cosack 1. Aufl. I, S. 566 auf Grund seiner unten S. 62 ff. reprobierten Ansicht, dass in der Kompensationsbefugnis eine Einrede liege, welche dem Bürgen nach § 768 I zustehe. Die Unrichtigkeit seiner Ansicht erhellt übrigens auch daraus, dass das Gesetz wohl kaum den Bürgen in Ansehung der Forderungen des Hauptschuldners sowohl ein Kompensationsrecht, als auch eine verzögerliche Einrede gemäss 770 I wird haben geben wollen. Cosack 2. Aufl. I S. 572 jetzt ebenso wie im Text.

Kuhlenbeck, der ebenfalls in der Kompensationsbefugnis eine exceptio sieht (S. 191), vermeidet die von Cosack aus § 768 I gezogene Folgerung und giebt dem Bürgen nur die verzögerliche Einrede (S. 193); jedoch geht er u. E. inkonsequent vor.

solange verweigern dürfen, als derselbe sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners bezw. des persönlichen Schuldners befriedigen kann. Gleichgültig ist, ob auch der Hauptschuldner zur Aufrechnung befugt ist; es genügt, dass der Gläubiger dazu befugt ist.[1]) Ist umgekehrt nur der Hauptschuldner, nicht auch der Gläubiger kompensationsberechtigt, so insbesondere, wenn dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen, unerlaubten Handlung zusteht, so ist die verzögerliche Einrede nicht statthaft.[2]) Die Einrede erlischt, wenn die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers fortfällt, insbesondere wenn die Schuld untergeht.

d) Wie schon bemerkt (S. 28), kann ein Gesamtschuldner die Forderung seines Mitgesamtschuldners nicht gegen die Korrealschuld aufrechnen (§ 422 II) da hierin eine Verfügung über ein fremdes Forderungsrecht läge; im § 129 II des H.-G.-B. wird jedoch dem offenen Gesellschafter eine der Einrede des § 770 II entsprechende, verzögerliche Einrede gegeben für den Fall, dass sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann. Dem § 422 II entspricht der § 429 III, nach welchem der Schuldner gegen einen Korrealgläubiger die ihm gegen einen anderen Korrealgläubiger zustehende Forderung nicht aufrechnen darf.

e) Wenn sich Jemand durch Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers seines Kontrahenten verpflichtet, ohne die

---

[1]) Anderer Ansicht Weissmann S. 41 ff., welcher annimmt, dass der Bürge nur dann solle die Einrede vorschützen können, wenn auch der Hauptschuldner kompensationsberechtigt ist, weshalb er dem Bürgen die Einrede insbesondere versagt, wenn der Hauptschuldner seine Forderung abgetreten hat, weil dann jedenfalls dem Hauptschuldner die Kompensationsbefugnis nicht mehr zustehe, möge auch der Gläubiger noch gegen den Erwerber aufrechnen dürfen. (Wir geben in diesem Falle selbstverständlich dem Bürgen die Einrede.) Doch scheint uns der Standpunkt Weissmanns mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes, nach welchem es nur auf die Kompensationsbefugnis des Gläubigers ankommt — verba: „so lange sich der Gläubiger (!) durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann" — nicht vereinbarlich zu sein. Weissmann giebt auch selber zu, dass er über den Wortlaut des Gesetzes hinausgeht. Weissmann's Standpunkt erklärt sich aus der seiner Ansicht nach hier in beschränktem Masse anerkannten, von uns unten S. 61 ff. bekämpften Vinkulierungstheorie.

[2]) Planck II S. 514. Cosack 2. Aufl. I S. 572.

Schuld zu übernehmen, (sog. Erfüllungsübernahme, § 329), so erlangt der Gläubiger im Zweifel nicht unmittelbar das Recht, die Befriedigung von dem Versprechenden zu fordern; ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Versprechenden entsteht überhaupt nicht. Im Verhältnis zu dem Gläubiger steht der dritte vielmehr ebenso, wie jede sonstige Person, die ihm Erfüllung anbietet; daher kann der Erfüllungsübernehmer auch nicht gegen den Gläubiger aufrechnen.[1])

Hat dagegen Jemand durch einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten unmittelbar ein eigenes, selbstständiges Recht erlangt, so kann er — ebenso wie auch jeder Cessionar gegen den Cessus — seinerseits aufrechnen, da es für die Frage der Gegenseitigkeit gleichgültig ist, ob die Forderung gegen den Gegner durch Vertrag mit diesem, durch Singular- oder Universalsuccession oder endlich durch einseitigen Rechtsakt erworben ist. Gegen die durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten geschaffene Forderung kann dagegen nicht aufgerechnet werden, bevor dieser sie angenommen hat, da ihm ein Recht, welches er seinerseits mit dem Erfolg, dass es als nicht erworben gilt, zurückweisen darf (§ 333), unmöglich durch Kompensation aufgezwungen werden kann. Wir folgen Siber S. 99 darin, dass es einer Zurückweisung seitens des Destinatärs bei einer vor erklärter Annahme erfolgten Kompensation nicht bedarf, sondern dass diese ohne weiteres wirkungslos ist, weil eine einseitige Rechtshandlung, die der Gegenteil nicht wider sich gelten zu lassen braucht, regulär ohne Zurückweisung wirkungslos ist (insbes. auch § 388 II, s. unten § 12).

Doch hat das Gesetz das Princip, dass nur gegenseitige Forderungen zur Aufrechnung geeignet sind, in mehrfacher Beziehung durchbrochen. [2])

1. Wie oben S. 29 gezeigt wurde, ist an sich der debitor cessus nach erfolgter Cession nicht mehr in der Lage, gegen den Cessionar Forderungen aus der Person

---

[1]) Anderer Ansicht Kohler XXIV S. 6 in Anwendung des von ihm nicht näher begründeten Satzes, dass jeder, der zur Zahlung gehalten sei, solle aufrechnen dürfen.

[2]) Eine Ausnahme lernten wir bereits in anderem Zusammenhange kennen, s. S. 27.

des Cedenten aufzurechnen. Indessen gestattet dies § 406 allgemein, es müsste denn entweder [1])

α) der Cessus bei dem Erwerbe der Forderung, welche er aufrechnen will, von der Abtretung Kenntnis [2]) gehabt haben, oder

β) die Forderung — sc. sofern sie vor Erlangung der Kenntnis erworben ist, — erst nach Erlangung der Kenntnis und später, als die abgetretene Forderung fällig geworden sein.

Der Cessus konnte, abgesehen von den beiden genannten Fällen, wenn also seine zur Aufrechnung gestellte Forderung vor Erlangung der Kenntnis erworben und früher als die abgetretene Forderung fällig geworden ist, mag sie diesfalls auch erst nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung fällig geworden sein, stets darauf rechnen, dass er sich durch Aufrechnung seiner Gegenforderung von der cedierten Forderung werde befreien können. Diese Aussicht soll ihm durch eine Cession des Gläubigers nicht verkümmert werden. Eine solche Aussicht besteht für den Schuldner bezüglich einer erst nach der Kenntnis der Cession erworbenen Forderung nicht, da dann die Gegenforderung ja bereits aus dem Vermögen des Gläubigers ausgeschieden war. Ebensowenig ist dies der Fall bei einer schon vor Erlangung der Kenntnis von der Cession erworbenen Forderung, sofern sie später als die cedierte Forderung fällig wurde. Der Schuldner konnte nicht darauf rechnen, dass ihm der Gläubiger noch Nachfrist nach eingetretener Fälligkeit gewähren werde. Wäre diesfalls die Kompensation gestattet, so würde das Gesetz der Chikane die Wege geebnet haben: es würde der Schuldner durch Verzögerung

---

[1]) Den Cessionar trifft die Beweislast; es folgt dies aus den Worten des § 406 »es sei denn«.

[2]) Nicht der Abtretungsvertrag, ebensowenig die Denuntiation, sondern die irgendwie erlangte Kenntnis, welcher einerseits weder das Kennenmüssen, noch die Zustellung, da diese z. B. in den Fällen der Ersatzzustellung nicht notwendig die Kenntnis von der Abtretung verschafft, gleichsteht, ist für den Ausschluss der Kompensation massgebend. Wenn schon eigentlich die Konsequenz erfordert, dass der Zeitpunkt des Abtretungsvertrages massgebend ist, so vervollständigt die Kenntnis doch erst den Abtretuungsvertrag und giebt ihm gegen den cessus eine quasidingliche Wirkung (Kohler XXIV S. 40). Dem hat das Gesetz in § 406 Rechnung getragen.

der bereits fälligen Leistung sich die Kompensationsbefugnis verschaffen und, wenn er aus der zuerst fälligen Forderung verklagt würde, ohne Nachteil zur Sache den Prozess so lange verschleppen können, bis seine Gegenforderung fällig würde. [1])

2. Dieselben Gründe haben den Gesetzgeber zur Aufnahme des allerdings keine Ausnahme von dem Prinzip der Gegenseitigkeit [2]) bildenden, jedoch in nahem Zusammenhang mit § 406 stehenden § 392 bestimmt, nach welchem durch die Beschlagnahme die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen wird, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat, oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist. Anders formulirt besagt der Rechtssatz, dass an sich auch stets nach erfolgter Beschlagnahme [3]) der Drittschuldner gegen den Beschlagnahmegläubiger aufrechnen kann, es müsste denn entweder

---

[1]) Der § 406 gilt auch für den Fall der Cession kraft Gesetzes (§ 412); hier ist die Kenntniss von der Abtretung kraft Gesetzes erforderlich. — Bei der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche findet § 406 nur auf die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und anderen Nebenleistungen aus dem Grundstücke (§§ 1158, 1192 I, 1200, 1107), nicht auch in Ansehung des Kapitals (§ 1156) Anwendung. Von der Erörterung der Frage, ob, wenn der bisherige Gläubiger die bereits abgetretene Forderung nochmals an einen Dritten abtritt, der debitor cessus eine Gegenforderung an den Dritten gegen diesen oder den ersten Cessionar aufrechnen könne, wird hier abgesehen — dafür Planck II S. 189, Hellmann in Kr. Viertelj. 42 S. 59; dagegen Siber S. 102 —; ebenso von der Besprechung der zwischen den erwähnten Schriftstellern a. a. O. streitigen Frage, ob die Kompensationserklärung bei § 406 auch dem Cedenten gegenüber abgegeben werden könne.

[2]) Denn die Beschlagnahme begründet nur ein Pfandrecht an der Forderung; der Substanz nach steht die Forderung noch dem Beschlagnahmeschuldner zu —; auch bei der Ueberweisung zur Einziehung — anders bei der Ueberweisung an Zahlungsstatt; Z.-P.-O. § 835 II — bleibt die Forderung im Vermögen des Schuldners. R. G. XI S. 50. — Uebrigens ist eine dem § 392 widersprechende Aufrechnung nur »relativ« dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber, nicht auch zu Gunsten Dritter, unwirksam. Planck II, S. 176.

[3]) Zu beachten ist, dass die Beschlagnahme durch Zustellung (829 III Z.-P.-O.) erfolgt; auf die Kenntnis des Schuldners kommt es nicht an.

α) der Drittschuldner die Forderung erst nach der Beschlagnahme[1]) erworben haben, oder

[1]) Wir sehen (oben S. 12), dass eine suspensiv bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung noch nicht besteht; sie ist daher vor diesem Zeitpunkt auch noch nicht von dem Gläubiger erworben. Daher kann eine gegen den Beschlagnahmeschuldner gerichtete, suspensiv bedingte Forderung nur dann zur Aufrechnung gegen den Beschlagnahmegläubiger benutzt werden, wenn die Bedingung spätestens bis zur Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an den Drittschuldner eingetreten ist; nicht aber ist die Aufrechnung mit ihr gestattet, wenn die Bedingung erst nach diesem Zeitpunkte eingetreten ist.

Anderer Ansicht ist Weissmann S. 39, 40, welcher davon ausgeht, dass schon mit dem Abschlusse des suspensiv bedingten Rechtsgeschäftes eine rechtliche Gebundenheit entstehe; die für den Gläubiger begründete unentziehbare Anwartschaft auf Kompensation könne ihm durch Beschlagnahme oder Cession nicht entzogen werden. Wer seine Ansicht nicht teile, verwickele sich überdies in einem unlösbaren Widerspruch zu den Bestimmungen der Konkursordnung, nach welcher (§§ 54. 56) auch eine zur Zeit der Konkurseröffnung noch bedingte Forderung im Konkurse geltend gemacht und zu ihrem vollen Betrage aufgerechnet werden kann. Was für die hier vorliegende allgemeine Beschlagnahme gelte, könne nicht für die Beschlagnahme einer Forderung zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers eingeschränkt werden.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Das Gesetz hat im § 158 I mit klaren Worten »die Wirkung des Rechtgeschäftes tritt erst mit dem Eintritte der Bedingung ein« die Rückwirkung negiert, cf. insbes. Planck I, S. 204, Mot. I. S. 252. Endemann I, S. 332. Nur in gewissen Beziehungen ist das vorherige Bestehen einer rechtlich geschützten Anwartschaft anerkannt worden, so insbes. in dem Rechtsschutz gegen rechtliche Verfügungen über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes in der Zwischenzeit § 161, ferner auch in § 162. Auch in dem Rechtssatze, dass die bedingt bestellten, dinglichen Rechte, insbes. das Pfandrecht, ihren Rang nach der Zeit der Bestellung, bezw. der Eintragung nehmen, liegt die Anerkennung einer rechtlichen Gebundenheit der Parteien. S. Bothe S. 54. Dagegen ist allgemein bei den obligatorischen Rechten eine derartige Gebundenheit nirgends anerkannt. Es ist unrichtig, wenn Cosack 2. Aufl. I. S. 190 allgemein behauptet, das Alter des fertigen, unbedingten Rechtes datiere seit dem Tage, an welchem das »Vorrecht« — so bezeichnet er die rechtliche Lage während des Schwebens der Bedingung — erworben ist.

Die von Weissmann a. a. O. beregte Abstimmigkeit zwischen der Behandlung der Aufrechnung im Konkurse und der im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindenden Beschlagnahme leugnen wir durchaus nicht. Aber beim Konkurse handelt es sich um Specialrecht; es hat die K.-O. überhaupt viele Erleichterungen für die Kompensationsbefugnis des Gläubigers geschaffen, es sind Ausnahmen vom Prinzipe der Fälligkeit der Leistungen und der Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände getroffen worden; ebenso ist auch die Bestimmung im § 54 III K.-O. eine Abweichung vom allgemeinen Recht.

β) die Forderung, soweit sie bereits vor der Beschlagnahme erworben ist, erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden sein.

Aus Anlass der Beschlagnahme wird dem Drittschuldner die Zahlung an seinen Gläubiger, dem Beschlagnahmeschuldner, gemäss § 829 I Z.-P.-O. untersagt und mithin auch die Möglichkeit, eine Gegenforderung aus der Person des Beschlagnahmeschuldners aufzurechnen, genommen, weil durch eine solche Aufrechnung die gepfändete Forderung erlöschen würde. [1]) Stets — es müssten denn, wie nach Darlegung der Grundsätze des § 406 nicht näher nachgewiesen zu werden braucht, die Voraussetzungen der Positionen a und b vorliegen — kann der Drittschuldner darauf rechnen, dass er sich durch Aufrechnung seiner Gegenforderung werde befriedigen können; diese Aussicht soll ihm durch Bestrickung der Forderung mit einem Pfändungspfandrechte nicht verkümmert werden. [2])

3. Nach § 571 I tritt der Erwerber eines Grundstücks an Stelle des Vermieters in die sich aus dem Mietsverhältnisse während der Dauer seines Eigentums gegen den Mieter, dem das vermietete Grundstück überlassen ist, ergebenden Rechte ein; an sich ist daher für den Mieter wegen Mangels der Gegenseitigkeit eine Kompensation mit Forderungen aus der Person des Verkäufers gegen den für die Zeit nach dem Uebergang des Eigentums zu entrichtenden Mietszins ausgeschlossen. Indessen hat das Gesetz, die Stellung von Erwerber und Mieter ähnlich wie die von Cessus und Cessionar regelnd (Protokolle II S. 146), eine solche Aufrechnung gegen Mietsforderungen für das Kalendervierteljahr, in welchem der Mieter von dem Eigentumsübergang Kenntnis erlangt, sowie für das nächstfolgende Vierteljahr beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 406 gestattet. S. die §§ 574, 575. Dasselbe gilt für die Pacht. § 581.

---

[1]) Planck II, S. 176.

[2]) In diesen Zusammenhang gehören auch die Bestimmungen der §§ 1123 — 1125 und 1289. Dem § 1125 eine über seinen Wortlaut hinausgehende, dem § 406 angepasste Auslegung zu Teil werden zu lassen (s. Kohler XXIV, S. 42) lehnen wir in Anbetracht des klaren, dieser Auslegung unzweideutig abholden Wortlautes ab. Gegen uns jedoch anscheinend auch Siber S. 103.

4. Die Vorschrift des § 406 ist des weiteren analog anzuwenden auf die Aufrechnung zwischen einer von dem Erbschaftsbesitzer mit den Mitteln der Erbschaft erworbenen Forderung einerseits und einer Forderung gegen den Erbschaftsbesitzer andererseits. Die mit Mitteln der Erbschaft erworbene Forderung gehört zur Erbschaft (§ 2019 I und II), der Erbe ist Gläubiger. Trotz Fehlens der Gegenseitigkeit wird § 406 analog angewandt auf den mit der Zugehörigkeit der Forderung unbekannten Schuldner der Erbschaft, der mit dem Erbschaftsbesitzer kontrahiert hat; dieser soll geschützt werden, weil er — abgesehen von den mehrfach genannten Ausnahmefällen (s. S. 32) — darauf rechnen konnte, dass er sich mit der Aufrechnung einer Forderung gegen den Erbschaftsbesitzer werde befreien können.

Dieselben Motive bestimmten den Gesetzgeber zur Aufnahme der § 720, 1070, 1275, 1158, 1473, 2111 [1], in welchen auch der § 406 zur Anwendung gelangt. Von einer Darstellung dieser Bestimmungen wird abgesehen.

§ 6.

3. Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes.

Die Forderungen müssen ihrem Leistungegegenstande nach gleichartig sein. Gleichartigkeit bedeutet nicht Gleichwertigkeit in dem Sinne, dass einer mit grösserer Wahrscheinlichkeit realisierbaren und daher im Kurse höher bewerteten Forderung ein höherer Wert als einer minder gesicherten Forderung beizumessen wäre. Gleichgültig ist ferner, ob die Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände bereits zur Zeit des Kontraktschlusses vorhanden ist, oder ob erst infolge einer nachträglich eingetretenen Veränderung, z. B. der Umwandelung der ursprünglichen Forderung in eine Schadensforderung,[1]) die Leistungsgegenstände gleichartig geworden sind. Des weiteren interessiert nicht, auf welchem Rechtsgrunde die Forderungen beruhen. Insbesondere ist daher, anders als im gemeinen Recht, gegen die Forderung auf Rückgabe einer hinterlegten Sache Aufrechnung zulässig, wennschon in concreto die Aufrechnung bei solchen Kontrakten stillschweigend ausgeschlossen sein kann [2])

[1]) Motive II S. 105.
[2]) S. unten § 17 sub 2.

Gleichartig sind vor allem Forderungen auf Leistung generisch bestimmter Sachen, insbes. auf Zahlung von Geldsummen. Doch auch Forderungen auf Leistung einer und derselben species können kompensabel sein.[1]) Wer eine species zu fordern hat, braucht sich nicht durch Leistung einer demselben genus angehörigen Sache abfinden zu lassen, daher kann gegen eine Speciesforderung nicht eine Genusforderung aufgerechnet werden.[2])

Umgekehrt steht der Aufrechnung einer Speciesforderung gegen eine Genusforderung nichts im Wege. Forderungen auf ein Handeln sind gleichartig, wenn die Persönlichkeit des Leistenden ohne Gewicht ist; dagegen dürften Forderungen auf ein Unterlassen stets ungleichartig sein. Steht einer einfachen Forderung eine alternative gegenüber, so kann erst kompensiert werden, nachdem der Wahlberechtigte sich für einen bestimmten Gegenstand entschieden hat, sofern derselbe in concreto mit dem Leistungsgegenstande der anderen Forderung gleichartig ist. Forderungen auf Leistung ohne Vermögenswert endlich sind nur durch Erfüllung, nicht auch durch Nichterfüllung zu befriedigen; daher ist die Aufrechnung hier unzulässig.[3])

Die Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände wird, wennschon dieselbe begrifflich diesfalls nicht gegeben sein dürfte, nach § 391 I dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Indessen hat der Kompensant dem Gegner das Ortsinteresse, d. h. den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann (§ 391 II), und zwar ist jeder Nachteil zu ersetzen, den der eine Teil infolge des Nichtempfanges an dem bestimmten Orte erleidet, nicht blos, wie ein Teil der Mitglieder der II. Kommission (s. Prot. I S. 372) annahm, die Kosten des Transportes nach dem Ablieferungs- oder Erfüllungsorte. Insonderheit ist daher eine Konventionalstrafe zu erstatten, welche der Aufrechnungsgegner einem Kontrahenten, den er infolge des Nichtempfanges der Leistung nicht befriedigen konnte,

[1]) Natürlich darf nicht einer der Forderungsberechtigten Eigentümer sein, da dann auf Seiten des Nichteigentümers Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt. Siber S. 119. Weissmann S. 3.

[2]) Einzelheiten bei Dernburg, Komp. S. 485. Siber S. 109/110.

[3]) Siber S. 110.

zahlen musste.[1]) Die Schadensersatzpflicht findet aus allgemeinen Gründen natürlich ihre Grenze in dem § 254, aus welchem vorzugsweise beachtlich ist, dass der Ersatz einer besonders hohen Vertragsstrafe nicht gefordert werden kann, wenn der Aufrechnungsgegner es unterlassen hat, den Kompensanten auf die ungewöhnliche Höhe des Betrages aufmerksam zu machen.

Der § 391 I enthält natürlich eine dispositive Bestimmung; die Parteien können auch reale Erfüllung bei distantia loci solutionis gewollt haben. Solches ist im Zweifel nach § 391 II anzunehmen, wenn eine Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort erfolgen soll; gegen eine solche Forderung ist die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, nicht gestattet. Doch auch der § 391 II enthält nur eine Interpretationsregel, deren Statthaftigkeit durch besondere Umstände ausgeschlossen sein kann.

§ 7.

Der Aufrechnende muss die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken können.

Die Befugnis zur Kompensation ist für jeden Teil gegeben, wenn einerseits der Kompensant die ihm gebührende Leistung fordern darf und er andererseits die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

Der Gläubiger kann die ihm gebührende Leistung in dubio sofort nach Entstehung der Forderung verlangen; umgekehrt kann auch der Schuldner in dubio die Leistung sofort bewirken (§ 271 I). Daher kann im Zweifel jeder Teil sofort nach Entstehung der Forderung aufrechnen. Die Befristung[2]) einer Leistung gilt im Zweifel als aussichtlich im Interesse des Schuldners hinzugefügt (§ 271 I). In concreto kann jedoch die Befristung sehr wohl im Interesse beider Teile bestimmt sein, so z. B. bei verzinslichen, hypothekarisch angelegten Geldforderungen, und andererseits ist auch eine Befristung nur im Interesse des Gläubigers möglich, so z. B. bei Deponierung einer Sache bis zu einem bestimmten Zeitpunkte.[3])

[1]) Scherer S. 290. Planck II S. 175.

[2]) Dass sich die Bestimmung des § 388 II Satz 2 nicht auf die Aufrechnung mit und gegen betagte Forderungen bezieht, wurde bereits oben S. 14 gezeigt.

[3]) Dernburg, Pand. II, S. 95.

Der Schuldner in dessen alleinigem Interesse die Befristung statuiert ist, kann die Leistung sofort bewirken; er kann also seine Forderung auch aufrechnen, dagegen kann ihm gegenüber, da der Gläubiger nicht sofort fordern kann, vor Eintritt des dies nicht aufgerechnet werden. Der Gläubiger umgekehrt, in dessen alleinigem Interesse die Befristung statuiert ist, kann die Leistung sofort vom Schuldner verlangen, mithin kann er auch sofort aufrechnen; nicht aber kann gegen ihn aufgerechnet werden, da vor Eintritt des Termins die Leistung vom Schuldner nicht bewirkt werden kann. Ist der dies im beiderseitigen Interesse bestimmt, so kann weder der Gläubiger noch der Schuldner vor Eintritt des Termins einseitig aufrechnen.

Die Aufrechnung einer Forderung, so lange dieselbe mit einer verzögerlichen Einrede behaftet ist, ist nicht zulässig. S. oben S. 16 ff. Dagegen kann, wie oben beregt, gegen eine solche Forderung aufgerechnet werden.

Was die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche anbelangt, so ist besonders beachtlich, dass der Eigentümer beim Auseinanderfallen von Eigentum und persönlicher Schuld [1]) bei der Hypothek kompensieren kann, sobald der dingliche Anspruch fällig geworden oder der persönliche Schuldner zur Erfüllung berechtigt ist (§ 1142 I) [2]) Das Grundschuldkapital und die Ablösungssumme bei der Rentenschuld ist erst gemäss § 1193 I nach vorgängiger Kündigung fällig, so dass erst nach Ablauf der in dubio 6 Monate betragenden Kündigungsfrist eine Aufrechnung gegen diese Ansprüche zulässig ist. Der Verpfänder endlich kann gegen die persönliche Forderung aufrechnen, sobald der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§§ 1223 II, 1224).

Der Zeitpunkt, zu welchem dem Ablösungsberechtigten die Aufrechnung zusteht, ist oben S. 22 ff. bemerkt worden.

---

[1]) Andernfalls liegt eine Kompensation gegen die persönliche Forderung vor (s. S. 21), weshalb dann die gewöhnlichen Grundsätze Platz greifen.

[2]) Ebenso steht es bei Hypothekenzinsen, sofern hier nicht besondere Zinstermine bestimmt sind, sowie bei Grundschuld- und Rentenschuldzinsen und einzelnen Realleistungen (§§ 1192 II (!), 1200, 1107. Siber S. 95.)

§ 8.

Das Fehlen besonderer Ausschliessungsgründe.

Es finden sich im B. G.-B. eine Anzahl gesetzlicher [1]) Kompensationsverbote:

a. Nach § 393 ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen, unerlaubten Handlung unstatthaft. Beim Fehlen des § 393 würde die Selbsthülfe in weitgehender Weise statthaft sein: es würde ein Gläubiger seinem Schuldner einfach einen seiner Forderung entsprechenden Betrag wegnehmen und gegen den Anspruch des Schuldners auf Rückgabe desselben mit seiner Forderung kompensieren dürfen; derartige Übergriffe sind durch den § 393 unmöglich gemacht.

Was eine unerlaubte Handlung im Sinne des B. G.-B. ist, bestimmen insbes. die §§ 823 ff.; Strafbarkeit der Handlung ist keine Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 393, natürlich ist aber jede strafbare Handlung eine unerlaubte und bringt daher, wenn sie vorsätzlich begangen ist, die Anwendung dieses § mit sich. Übrigens ist die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn durch die unerlaubte Handlung gleichzeitig gegen eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung gefehlt wird, z. B. bei vorsätzlicher Beschädigung einer Mietssache. [2])

Der § 393 ist vor allen dann von einschneidender Bedeutung, wenn der Gläubiger einer nach § 393 gegen Kompensation geschützten Forderung insolvent ist oder in Konkurs verfällt; ersterenfalls wird die Vollstreckung aus der Forderung des Aufrechnungsgegners fruchtlos ausfallen, während er seiner Verbindlichkeit in vollem Umfange genügen muss; letzterenfalls muss er den ganzen Betrag zur Konkursmasse zahlen — die §§ 53 ff. K.-O. erweitern für diesen Fall die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers nicht —, während er auf seine Forderung nur die Konkursdividende erhält.

b) Nach § 394 ist die Aufrechnung gegen eine Forderung, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist, unstatthaft. Hierdurch ist nicht nur die Streitfrage, ob gegen die im § 850 (749 a. F.) Z.-P.-O. aufgeführten Forderungen aufgerechnet werden kann, in einem

[1]) Über vertragsmässigen Ausschluss der Kompensation s. unten § 17 der Darstellung.

[2]) Weissmann S. 15.

diesen Forderungen günstigen Sinne entschieden worden, sondern ist auch in allen sonstigen Fällen, in denen die Pfändung einer Forderung unstatthaft ist, die Kompensation gegen dieselbe ausgeschlossen so insbes. in den §§ 851—852 [1]) Z.-P.-O.; s. ferner die bei Planck II S. 177 aufgeführten reichsrechtlichen Bestimmungen. Gegen die Forderung des Arbeiters auf Zahlung des Arbeits- und Dienstlohnes kann demgemäss jetzt nach § 394 B. G.-B. § 850 I Z.-P.-O. nicht mehr mit Ansprüchen des Dienstherrn gegen den Arbeiter auf Schadloshaltung wegen Verletzung der kontraktlichen Sorgfalt bei Ausübung seiner Dienstverrichtungen oder wegen hierbei begangener Delikte kompensiert werden. [2])

Nach § 394 II können jedoch gegen die aus Kranken-, Hülfs- und Sterbekassen zu zahlenden Hebungen geschuldete Beiträge aufgerechnet werden. Weissmann S. 13 spricht hier von relativ kompensabelen Forderungen.[3])

c. Nach § 395 kann gegen eine Forderung des Reiches oder eines Bundesstaates, sowie gegen die Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes nur kompensiert werden, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus welcher die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist. Hierdurch ist eine durch die Interessen einer zweckmässigen Verwaltung der einzelnen Kassen gerechtfertigte Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen geschaffen worden.

Zu beachten ist, dass § 395 nicht von ausländischen Staaten spricht, ihnen gegenüber findet er daher keine Anwendung. [4])

§ 9.

6. Rechtsfolge des Fehlens einer Voraussetzung der Kompensation.

Fehlt eine der im § 387 gedachten Voraussetzungen, so ist die Aufrechnung unwirksam; ebenso auch, wenn

[1]) Mit Recht nach Weissmann S. 12 darauf aufmerksam, dass bei § 852 Z.-P.-O. schlechterdings nicht einzusehen ist, weshalb der Verpflichtete nicht solle aufrechnen dürfen, auch ohne dass der Pflichtteilsanspruch oder der dem Schenker nach § 528 zustehende Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes vertragsmässig anerkannt oder rechtshängig geworden ist; doch ist dies zweifellos Rechtens.

[2]) Fürst S. 324/5.

[3]) S. auch E.-F.-G. B. G.-B. Art. 81, Mecklb. Ausf.-V.-O. § 38.

[4]) Scherer S. 296.

die aufgerechnete Forderung mit einer Einrede behaftet ist, nicht minder, wenn die Aufrechnung gegen ein gesetzliches Kompensationsverbot verstösst. Die beiden Forderungen sind, bezw. wenn nur die aufgerechnete Forderung oder die Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, bestand, die eine derselben ist nicht erloschen, sondern, mögen die Parteien sie auch für erloschen halten, bei Bestand geblieben; daher bleiben auch Bürgen und Pfänder weiter verhaftet. Nur wenn der Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, eine Einrede entgegensteht, ist, da hier die Aufrechnung statthaft ist, und die beiden Forderungen daher erloschen sind, beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 813 eine Zurückgewähr, eine Wiederherstellung erforderlich; andernfalls kann von einer solchen nicht gehandelt werden, da kein Recht untergegangen ist und folglich auch kein Recht wieder hergestellt zu werden braucht. Ein Widerspruch gegen die unwirksame Aufrechnungserklärung ist nicht erforderlich.

Dass unsere Ansicht richtig ist,[1]) ergiebt schon der Wortlaut des § 387; derselbe besagt, dass wenn die dort gedachten Voraussetzungen vorliegen, jeder Teil aufrechnen kann, woraus durch argumentum e contrario folgt, dass, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, eine Aufrechnung eben nicht angängig ist und eine trotzdem abgegebene Aufrechnungserklärung unwirksam ist.[2]) Ohne das Vorliegen der gedachten Voraussetzungen giebt es überhaupt keine einseitige Aufrechnung: dieselben sind für das Rechtsinstitut der einseitigen Aufrechnung essentiell. Die Richtigkeit unserer Ansicht folgt auch weiter aus der Erwägung, dass, wenn eine einseitige Einwirkung auf die Rechte dritter gestattet wird, dies nur beim Vorliegen der in concreto statuierten gesetzlichen Voraussetzungen geschehen kann und beim Fehlen auch nur einer der Voraussetzungen eine Rechtswirkung nicht erzeugt werden kann.

Insbesondere ist demnach das Bestehen einer Gegenforderung erforderlich; man kann die Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung auch nicht als Erlass

[1]) Siber S. 92, 93. Planck I, S. 169. Mansfeldt S. 256. Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 122/123.

[2]) Nicht minder klar sprechen sich die § 390 (verba: kann nicht aufgerechnet werden), § 393 (verba: ist nicht zulässig) § 394 (findet nicht statt) und § 395 (ist nur zulässig — wenn) aus.

der aufgerechneten Gegenforderung aufrecht erhalten; denn diese Auffassung scheitert nach § 397 daran, dass zum Erlasse Vertragsform nötig ist. Aber auch eine Kompensation gegen eine Forderung, die erst durch ein in der Aufrechnungserklärung liegendes schuldbegründendes Anerkenntnis geschaffen wäre, kann nicht unterstellt werden, da hierzu auch nach § 781 II ein Vertrag erforderlich ist. Wenn Kohler XXIV, S. 20, ausgehend von der unten S. 76 widerlegten Auffassung, dass in der Aufrechnung eine Anweisung zur Zahlung liege, diesen Fall ebenso wie den der Solutio einer Nichtschuld behandeln will, so ist dem entgegenzuhalten, dass bei der Zahlung der von den Parteien bei Begründung der Forderung »beabsichtigte Erfolg stets eintritt, sei es durch einseitiges Handeln des vermeintlichen Schuldners«, z. B. bei Herstellung eines Werkes an einem dem Gläubiger gehörigen Grundstück, »sei es durch einen die unterstellte Tilgung begleitenden Realisationsvertrag, insbes. durch den Eigentumsübergang an dem geleisteten Gegenstande, unabhängig davon, ob eine Schuld besteht oder nicht.[1])« Dies trifft aber für die Aufrechnung nicht zu, da es für diese durchaus gleichgültig ist, ob der Schuldner die Valuta wirklich in Händen hat oder nicht.

Nicht zu leugnen ist,[2]) dass dieser Standpunkt dahin führt, dass wenn jemand trotz einer von ihm ausgegangenen Aufrechnung seine aufgerechnete Forderung später noch einmal mit der Behauptung, die Aufrechnung sei wegen Nichtbestehens der Gegenforderung ungültig gewesen, geltend macht, sein Gegner, wenn er sich auf die in der Aufrechnung liegende Tilgung der gegnerischen Forderung berufen will, die Voraussetzungen der Aufrechnung und daher auch insbes. die Gültigkeit seiner Forderung nachweisen[3]) muss; auch kann nicht verkannt werden, dass ihm der Beweis derselben unter Umständen recht schwer fallen kann, da er seine Forderung für

[1]) Siber S. 92.

[2]) Weissmann S. 28.

[3]) Unrichtig: Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 128 S. 130 ff., nach welchem die Aufrechnung notwendig ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis enthält und dieses eine Vermutung für die Existenz der Gegenforderung schafft. U. E. enthält die Aufrechnung nicht notwendig ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis; doch führt ein Eingehen auf diese zwischen Liebknecht a. a. O. Stölzel, Eventualaufrechnung S. 196 ff. und Eccius S. 35 ff. streitige Frage zu weit.

getilgt hielt und daher vielfach auf die Sicherung der Beweismittel für dieselbe nicht bedacht war. Diese Folge würde allerdings fortfallen, wenn man die Grundsätze der Zahlung zur Anwendung bringt, nach welchen der Kompensant als der Zahlungsgeber das Nichtbestehen der vermeintlichen Gegenforderung, auf welche er zahlte, beweisen müsste (§§ 812, 813).

Doch kann uns diese praktische Unebenheit nicht zur Aufgabe unseres als allein mit dem Gesetze vereinbarlich erkannten Standpunktes bewegen, da andernfalls der mit den §§ 812, 813 in unmittelbarem Zusammenhange stehende § 814 mit auf die Aufrechnung übertragen werden musste, und hierdurch jedem Gläubiger ermöglicht würde, seine Forderung durch einseitige Willenserklärung zu erlassen, indem er seine Willenserklärung nicht als Erlass, sondern als Aufrechnung bezeichnet. Diese Konsequenz, welche, wie S. 42 gezeigt, dem Prinzip der Annahmebedürftigkeit des Erlasses widerspricht, zeigt uns die Unhaltbarkeit der analogen Anwendung der für die Zahlung einer Nichtschuld gegebenen Grundsätze auf die Aufrechnung.

B. Vollzug und Wirkungen der Aufrechnung.

I. Vollzug der Aufrechnung.

§ 10.

1. Sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

Ueber den Vollzug der Aufrechnung bestimmt der § 388 I: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.“ Die Erklärung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, materielles Rechtsgeschäft. Hierdurch ist ausgedrückt, dass einerseits nur der Wille des Kompensanten für die Aufrechnung entscheidend wirkt, der Wille des Gegners aber für das Eintreten des Aufrechnungserfolges nicht in Betracht kommt, eine Willensübereinstimmung, ein Vertrag mithin nicht erforderlich ist, andererseits, dass es eines Vorbringens der den Aufrechnungserfolg kausierenden Willenserklärung

im Prozesse nicht bedarf. Auf die Aufrechnungserklärung finden die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und insonderheit diejenigen über einseitige Rechtsgeschäfte Anwendung. Die Aufrechnungserklärung gegenüber einem abwesenden Aufrechnungsgegner wird daher erst wirksam, wenn sie ihm zugeht (§ 130). Dieselbe kann ferner auch durch Gerichtsvollzieherakt oder öffentliche Zustellung beim Vorliegen der Voraussetzungen derselben abgegeben werden (§ 132). Nicht minder gelten für die Aufrechnungserklärung gegen und von seiten einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person, sowie gegen oder durch einen Vertreter die allgemeinen Grundsätze. Da die Aufrechnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, ist nicht erforderlich, dass sie vom Gegner angenommen wird, wie denn auch ein Widerspruch von dessen Seite sie überhaupt nicht berührt.

Die Aufrechnung enthält, da sie die aufgerechnete Forderung nach § 389 zum Erlöschen bringt, eine Verfügung über dte eigene Forderung, d. h. eine rechtsgeschäftliche Willensäusserung in betreff derselben, durch welche eine Rechtsänderung an derselben, und zwar der Untergang derselben unmittelbar hervorgerufen wird. Nicht minder bringt sie, da sie auch die Gegenforderung zum Erlöschen bringt, eine Verfügung über diese mit sich.

Hiernach muss der Kompensant zur Verfügung über seine Forderung in concreto befugt sein; nach Eröffnung des Konkurses ist daher der Konkursverwalter, nicht der Gemeinschuldner, nach Bestellung eines Testamentsvollstreckers dieser, nicht der Erbe zur Aufrechnung befugt. Umgekehrt muss auch der Aufrechnungsgegner über seine Forderung verfügen können. Ist er in der selbständigen Verfügungsbefugnis irgendwie beschränkt, sn kann ihm gegenüber nicht aufgerechnet werden. „Der Gläubiger kann über die Forderung seines Schuldners nicht mehr Recht haben als dieser selbst.“ [1])

a) Daher ist bei den Gesamthandrechtsverhältnissen in Ansehung der zum Gesamthandvermögen gehörigen Forderungen die Aufrechnung von Forderungen gegen einen einzelnen Gesamthänder ausgeschlossen. Der Gesellschafter kann nach § 719 I nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenstande verfügen. Daher darf auch

[1]) Weissmann S. 7.

gemäss § 719 II nicht der Schuldner gegen eine Gesellschaftsforderung eine ihm gegen den einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen. Entsprechendes gilt beim Gesamtgut der ehelichen und fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1442 II, 1487 I), sowie der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1519 II, 1549) und dem ungeteilten Nachlasse (§ 2040 II).

b) Wennschon ein Forderungsniessbraucher die Forderung einziehen darf, ist er doch zu anderen Verfügungen über die Forderung nicht berechtigt (§ 1074); daher fehlt einerseits ihm die Kompensationsbefugnis, andererseits kann aber auch nicht gegen ihn aufgerechnet werden.

c) An dem eingebrachten Gute bei dem gesetzlichen Güterstande hat der Ehemann das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht, dagegen darf er über zu dem eingebrachten Gute gehörigen Rechte nicht ohne Zustimmung der Ehefrau verfügen (§§ 1374, 1375).

α) Deshalb muss die Aufrechnung einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung *gegen* die Frau der Frau gegenüber erklärt werden, da der Mann in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht verfügungsberechtigt ist. Zwar muss die Aufrechnung, wenn sie in Ansehung des eingebrachten Gutes dem Manne (!) gegenüber wirksam werden soll, *auch* diesem gegenüber erklärt werden (§ 1403 II), doch hat das Unterbleiben der Aufrechnungserklärung gegenüber dem Manne nur zur Folge, dass die Aufrechnung in Ansehung des Niessbrauchrechtes (!) des Mannes am eingebrachten Gute keine Wirksamkeit hat. Der Eigentümerin des eingebrachten Gutes gegenüber dagegen ist sie wirksam, auch ohne dass die Erklärung gegenüber dem Manne erfolgt, sobald sie ihr gegenüber abgegeben ist [1]).

β) Andererseits müsste konsequenter Weise die Aufrechnung *mit* einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung nur von der Ehefrau erklärt werden dürfen — wennschon dieselbe nach den besonderen Vorschriften über die von ihr vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu dieser

[1]) Planck IV S. 151. Siber S. 98, 112.

Verfügung der Einwilligung des Mannes bedarf (§ 1398) —, da ja dem Ehemanne die Berechtigung zur Verfügung über eingebrachtes Gut fehlte. Indessen gestattet aus Zweckmässigkeitsrücksichten der § 1376 II auch dem Ehemanne die Aufrechnung solcher — sc. zum eingebrachten Gute gehörigen — Forderungen der Frau gegen Forderungen, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann u. z. ohne dass er der Zustimmung der Frau bedarf[1]).

§ 11.

2. Die Aufrechnungserklärung im Prozesse ist keine Prozesshandlung.

Die Aufrechnung ist ein materielles Rechtsgeschäft, das eine definitiv wirkende Verfügung über die Forderung des Kompensanten, wie über die des Aufrechnungsgegners enthält. Wenn sie im Prozesse erklärt wird, so wird sie hierdurch nicht zu einer Prozesshandlung, welche nun als solche prozessualen Grundsätzen unterläge dergestalt, dass ihr Vorbringen nur eine prozessuale Einrede enthielte, und erst infolge des richterlichen Urteils, sofern sie in demselben Berücksichtigung findet, ein Vollzug der Aufrechnung eintrete, sie mithin auch bis zum Urteile nach Belieben zurückgenommen werden könnte.

Anderer Ansicht ist Kohler XX S. 15 ff. XXIV S. 18 ff. Er scheidet zwischen zivilistischer und prozessualer Aufrechnung. Erstere vollziehe sich durch eine in sich selbständige Rechtshandlung, das einseitige, zivilrechtliche Rechtsgeschäft des § 388; letztere dagegen sei eine auf den Prozess aufgebaute und durch den Prozess getragene Rechtshandlung. „Man rechne auf als Prozesspartei und im Prozessbetriebe“ (S. 18). Wenn daher das Prozessrechtsverhältnis nichtig sei, sei auch die Aufrechnung nichtig. Ueberhaupt wirke die prozessuale Kompensation nur durch das Urteil und die Art und Weise, wie sie in ihm berücksichtigt werde. „Die Gegenforderung werde nur in Szene gesetzt unter der Bedingung, dass es nötig sei, um einen wirklichen und zuerkannten Klageanspruch zu tilgen.“ Die prozessuale Aufrechnung sei daher auch beliebig rücknehmbar.

[1]) Siber 98, 112.

Gegen Kohler ist jedoch zu bemerken:

1. Dass seine nur auf die Natur der Sache gestützte Auffassung weder im B. G.-B. noch in der Z.-P.-O. Unterstützung findet;[1]) denn im B. G.-B. ist hinsichtlich des in demselben einheitlich geregelten Rechtsinstituts der Aufrechnung keine abweichende Bestimmung für den Prozessfall getroffen worden, vielmehr ist ohne Einschränkung im § 388 gesagt, dass die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolge, wodurch ausgeschlossen ist, dass die Wirkungskraft nach erfolgter Erklärung bis zur Anerkennung in dem richterlichen Urteile aufgeschoben werden kann. Andererseits enthält die Z.-P.-O. hinsichtlich des materiellen Aufrechnungsrechtes gar keine Bestimmungen, sondern nur die §§ 145, 302, 322 II, 529 III, welche von der Geltendmachung der in ihren Voraussetzungen in der Z.-P.-O. nicht geregelten Aufrechnung handeln.

2. Auch führt die Kohler'sche Theorie zu unhaltbaren Ergebnissen. Es mag hier nur folgendes hervorgehoben werden. Wie Kohler XXIV S. 27 selbst zugiebt, muss man nach seiner Theorie unterscheiden zwischen einer im Prozesse und einer während der Dauer des Prozesses ausserhalb desselben erklärten Aufrechnung. Würde nun der Aufrechnungsgegner die Zulässigkeit des Vorbringens einer in I. Instanz nicht vorgebrachten, neuen Gegenforderung in der Berufungsinstanz wegen Mangels des Vorliegens der Voraussetzungen des § 529 III bestreiten, so könnte ihm der Kompensant entgegenhalten, er habe ausserhalb des Prozesses aufgerechnet und berufe sich auf eine zivilrechtliche compensatio iam facta, auf welche sich der § 529 III nicht beziehe. Man würde daher, wie Kohler selbst zugiebt, den § 529 III durch Vornahme der zivilrechtlichen Aufrechnung umgehen können und zwar, wie wir hinzusetzen, in jedem Falle umgehen können, indem man ausserhalb des Prozesses die Kompensationserklärung abgiebt. Dazu kommt, dass der § 529 III allgemein von der Geltendmachung der Aufrechnung[2]) handelt und nichts davon besagt, dass er nur für eine im Prozesse erklärte Aufrechnung gelten will.

[1]) Gegen Kohler: Eccius S. 254 ff, Förtsch S. 226, Leonhardt S. 154, Planck II, S. 170, Siber S. 112, Redlich S. 379, James Goldschmidt S. 161, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 117.

[2]) Eccius S. 253 Zeile 2 von oben.

Die Kohler'sche Ansicht[1]) ist daher zurückzuweisen, vielmehr, wenn die Aufrechnung im Prozesse erklärt wird, so hat es mit dieser keine besondere Bewandnis, sondern es steht gerade so, als ob nach eingetretener Rechtshängigkeit die geschuldete Leistung bewirkt würde.[2]) Dagegen muss man von dem materiellen Rechtsgeschäfte das Vorbringen des darauf gestützten Tilgungseinwandes wohl unterscheiden.[3]) Natürlich ist möglich, dass diese beiden Rechtsgeschäfte thatsächlich in eine und dieselbe Erklärung zusammenfallen.[4]) Hieraus ergiebt sich insonderheit folgendes:

a) Die Aufrechnung als ein einseitiges, mit der Abgabe perfektes Rechtsgeschäft kann nicht einseitig widerrufen[4]) werden, mag sie auch im Prozesse erklärt worden sein. Wohl aber kann das Vorbringen des Tilgungseinwandes der Aufrechnung im Prozesse, ebenso wie jedes andere thatsächliche Vorbringen zurückgenommen werden. Hierdurch wird aber nicht das materielle Rechtsgeschäft der Aufrechnung und der durch dasselbe erzielte Aufrechnungserfolg der Untergang der beiden Forderungen rückgängig gemacht. Wird ein dem materiellen Rechtszustande widersprechendes Urteil demnächst rechtskräftig, so ist dies eine Folge der den Zivilprozess beherrschenden Dispositionsmaxime.

b) Da wie im vorigen Paragraph (S. 45 ff) gezeigt wurde, für die Erklärung der Aufrechnung von Seiten oder gegen einen Vertreter die gewöhnlichen Grundsätze Platz greifen, ist auch die im Prozesse erklärte Aufrechnung nur wirksam, wenn sie entweder von der Partei oder dieser gegenüber persönlich erklärt wird, sofern z. B. diese im amtsgerichtlichen Verfahren persönlich erscheinen, oder wenn sie gegenüber einem besonders zur Entgegennahme oder Abgabe der Erklärung legitimierten Vertreter erklärt wird. In der Prozessvollmacht

[1]) Wie vorweg bemerkt sein mag, kann daher die Frage der Eventualaufrechnung, welche Kohler XX S. 16, 34, XXIV S. 27, soweit sie als prozessuale Aufrechnung vorgebracht wird, für zulässig hält, vom Kohler'schen Standpunkte aus nicht gelöst werden.

[2]) Stammler S. 243. — [3]) Dies verkennt Weissmann S. 18 Zeile 13—17. S. Planck II S. 170; Siber S. 113; Eccius S. 38; Liebknecht Vorbehaltszahlung S. 164 ff.

[4]) Natürlich können die Parteien vertragsmässig die Aufrechnung rückgängig machen; doch werden hierdurch Rechte Dritter nicht beeinträchtigt, Bürgen und Pfänder bleiben frei. Weissmann S. 27. Cosack I 2. Aufl. S. 362, 364.

liegt eine solche Vollmacht nicht.[1]) Es ist gewiss nicht zu leugnen, dass die Prozessvollmacht die Ermächtigung zu Massnahmen umfasst, welche, ökonomisch bemessen, eine noch weitgehendere Beeinflussung auf die privatrechtlichen Verhältnisse der vertretenen Partei äussern, insbes. ermächtigt sie zur Anerkennung des klageweise geltend gemachten Anspruches, zur Erhebung einer Widerklage aus der Gegenforderung und zur Verzichtleistung auf dieselbe, Handlungen, welchen gegenüber die Aufopferung der Gegenforderung um den Preis der Befriedigung von der Klageforderung, wirtschaftlich gedacht, eine minder bedeutsame Einwirkung auf die Rechtsstellung des Vertretenen enthält. Aber zu dem Schlusse, dass, weil die Aufrechnung das minus gegenüber dem plus der oben genannten Befugnisse darstellt, die Prozessvollmacht auch die Kompensationsbefugnis umfassen müsse,[2]) können wir uns nicht entschliessen. Die Basis, auf der die beiderseitigen Befugnisse beruhen, ist eine verschiedenartige: die Anerkennung des klägerischen Anspruches pp. ist ein prozessuales, die Aufrechnung ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft. Von Analogieschlüssen von dem einen auf das andere kann daher nicht gehandelt werden.

§ 12.

3. Die Aufrechnung ein actus legitimus. Eventualaufrechnung.

Die Aufrechnungserklärung ist ein actus legitimus; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird (§ 388 II). Der Gegner kann verlangen, dass, wenn ein Dritter einseitig auf seine Rechte einwirkt, die Folgen der Einwirkung für ihn klare und unzweideutige sind.[3])

---

[1]) Planck II S. 170; Siber S. 113; Redlich S. 380. Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 118.

[2]) So Hellmann, Krit. Viertj. Band 41, S. 246. Weissmann S. 18, cf. auch Eccius S, 253.

[3]) Planck II S. 174 unten. Leonhardt S. 148. Eccius S. 37. Kohler XX S. 8. — Eine Unklarheit, welche mit Zweifeln über das Vorliegen der Voraussetzungen der Aufrechnung verbunden ist, muss mit in Kauf genommen werden, andernfalls würde man die Wirksamkeit der Aufrechnung von der subjektiven Ansicht der Parteien über das Vorhandensein der Voraussetzungen derselben abhängig machen;

Hieran würde es fehlen, wenn es gestattet wäre, unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung aufzurechnen; es würde dann der Kompensat in Ungewissheit versetzt, ob der Aufrechnungserfolg eingetreten ist oder nicht; das schien dem Gesetz unbillig zu sein. Ein Widerspruch gegen die nach § 388 II unwirksame Aufrechnungserklärung seitens der Kompensaten ist nicht erforderlich.

Mit dem § 388 II ist die praktisch ausserordentlich wichtige Streitfrage verknüpft, ob durch ihn die sog. Eventualaufrechnung [1]) ausgeschlossen ist oder nicht. Von Eventualaufrechnung spricht man dann, wenn jemand erklärt, er wolle gegen eine Gegenforderung mit der Wirkung aufrechnen, dass die Aufrechnung nur dann wirksam sein solle, wenn entweder

1. die Gegenforderung, deren Bestand er bestreitet, wirklich besteht, oder
2. eine Einrede, welche er in erster Linie gegen die Gegenforderung geltend macht, nicht besteht.

Man hat in dem Umstande, an welchen die Wirksamkeit der Aufrechnung geknüpft ist, eine eigentliche Suspensivbedingung, eine condicio in futurum„ erblicken wollen: von einem zukünftigen, ungewissen Ereignisse würden die Rechtswirkungen der Aufrechnungserklärung abhängig gemacht. So erklärt Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 144 für das bedingende Ereignis den Umstand, dass sich im Prozesse ein Bestreiten des klägerischen Anspruches oder die etwaigen sonstigen Einreden als unbegründet herausstellen würden; ähnlich Lippmann S. 244, „dass der Richter den eingeklagten Anspruch gerechtfertigt finden werde“. Förtsch S. 231 hält für das bedingende

---

das widerspricht aber den im § 387, 389 getroffenen Bestimmungen. Zur Verknüpfung des Aufrechnungserfolges mit einem ausserhalb der Voraussetzungen der Aufrechnung liegenden Umstande ist dagegen Einverständnis des Gegners nötig.

[1]) Ein Eingehen auf sämtliche über die Eventualaufrechnung aufgestellte Theorien verbietet uns der uns zur Verfügung stehende Raum. Des weiteren wird auch von einer Behandlung der mit der Eventualaufrechnung zusammenhängenden zivilprozessualen Fragen, insbesondere von einer Erörterung der Klagänderungs-, Klagabweisungs- und Beweiserhebungstheorie abgesehen, da die Behandlung zivilprozessualer Fragen ausserhalb des Rahmens der Arbeit liegt.

Ereignis den etwaigen zukünftigen Entschluss des Kompensanten zu einem späteren Anerkenntnis der zur Zeit bestrittenen klägerischen Forderung oder event. die Feststellung des klägerischen Anspruches durch Urteil.[1])

Indessen wäre dieser Standpunkt richtig, dann müsste man jede bestrittene, jedenfalls aber jede eingeklagte Forderung für eine bedingte erklären. Denn der Möglichkeit, dass durch falsche Zeugenaussagen, infolge falscher Eide, infolge thörichten Prozessbetriebes oder eines Irrtums des Richters ein dem materiellen Rechte nicht entsprechendes Urteil veranlasst wird, unterliegt jeder Anspruch, wenn sich die gerichtliche Geltendmachung desselben vernotwendigt; noch viel weniger darf man sagen, dass die Möglichkeit, dass der Beklagte einen unbegründeten gegnerischen Anspruch, den er zuerst bestreitet, demnächst zu Unrecht als bestehend anerkennen wird oder eine rechtlich begründete Einrede überhaupt nicht vorbringen bezw. später wieder fallen lassen wird, den eingeklagten Anspruch zu einem bedingten mache; auch diese Eventualität ist in jedem Prozesse gegeben. „Die bestrittene Forderung stellt ein ungewisses und unsicheres, aber kein bedingtes Recht dar".[2]) Für das materielle Recht handelt es sich nur darum, ob die Gegenforderung zur Zeit thatsächlich besteht, oder ob die prinzipal vorgeschützte Einrede besteht, mag auch beides den Parteien nicht bekannt sein. Eine condicio in futurum liegt mithin nicht vor.

Prüfen wir nun die beiden oben beregten Fälle der Eventualaufrechnung nach einander:

a. Wenn jemand gegen eine der Existenz nach bestrittene Forderung aufrechnet, so ist zu beachten, dass zur Aufrechnung das Bestehen einer Gegenforderung gehört.[3]) Ohne Gegenforderung keine Aufrechnung: hebt daher jemand noch ausdrücklich hervor, dass er nur für den Fall des Bestehens der Gegenforderung[4]) die Aufrechnung vollzogen wissen wolle, so spricht er nur etwas aus, was ohnehin in

[1]) s. auch Mansfeld S. 257.
[2]) Pfizer S. 53. Siber S. 120. Planck II, S. 174.
[3]) s. S. 42 ff.
[4]) Gleichgültig ist, ob die Gegenforderung überhaupt nie entstanden oder ob sie später wieder untergegangen ist.

seiner Erklärung, aufrechnen zu wollen, kraft des Gesetzes enthalten ist; er hebt eine in der Aufrechnungserklärung eo ipso enthaltene rechtsgeschäftliche Voraussetzung, eine condicio iuris, überflüssiger Weise ausdrücklich hervor. Die Wirksamkeit seiner Willenserklärung kann hierdurch unmöglich beeinträchtigt werden. [1]) Ob diese Erklärung im Prozesse oder ausserhalb desselben abgegeben wird, kann keinen Unterschied begründen.

b. Anders liegt es dagegen, wenn nur für den Fall des Nichtbestehens einer in erster Linie gegen die Forderung vorgeschützten Einrede aufgerechnet wird. Während gegen eine nichtbestehende Forderung nicht aufgerechnet werden kann, kann sehr wohl gegen eine Forderung, welche mit einer Einrede behaftet ist, aufgerechnet werden. [2]) Das Nichtbestehen einer Einrede ist nicht condicio iuris für die Aufrechnung, [3]) so dass wir die sub a gewonnenen Grundsätze nicht anwenden können. Es liegt nun wie gezeigt, in der Bedingung, ob eine Einrede besteht oder nicht, keine condicio in futurum, sondern es enthält der bedingende Umstand eine auf die Gegenwart gestellte Bedingung. Auf die condiciones in praesens finden zwar an sich nicht die Vorschriften, welche für die eigentlichen Bedingungen, die con-

[1]) Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 125, nennt unsere Konstruction völlig nichtssagend;" dagegen jedoch Planck II, S. 170. Siber S. 118/119. Eccius S. 34. Stölzel XXIV S. 78.

[2]) s. oben S. 18 ff. — Über die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil oder aus einem Urteile, das in Ansehung der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen ist, s. Planck II, S. 171. Siber S. 125.

[3]) Dagegen Hellmann Krit. Viertelj. Bd. 41, S. 246/247. Er meint, dass da die Einrede zum Verweigern der Leistung berechtige, man nicht schulde, wenn man dieselbe geltend mache, man mache dieselbe aber geltend, wenn man für den Fall des Nichtbestehens derselben aufrechne; es fehle daher an dem Erfordernisse des § 387. dass beide Teile einander Leistung »schulden«. Dies ist jedoch sicher nicht bei dilatorischen Einreden der Fall, selbst wenn infolge der Geltendmachung derselben, die eingeklagte Forderung abgewiesen wird, schuldet der Leistungspflichtige noch weiter. Aber auch bei einer peremptorischen Einrede dürfte, selbst wenn die Einrede im Prozesse geltend gemacht wird, erst das richterliche Urteil und nicht schon die Geltendmachung der Einrede die Gegenforderung zum Erlöschen bringen; um so mehr wird die Leistung noch weiter geschuldet, wenn die Einrede ausserprozessual geltend gemacht wird.

diciones in futurum, gelten, Anwendung.[1]) Jedoch in den Fällen, in welchen von der Hinzufügung einer Bedingung zu einer Willenserklärung ausdrücklich bestimmt ist, dass sie dieselbe unwirksam mache, ist regulär anzunehmen, dass auch die condicio in praesens diese Wirkung hervorrufe. So steht es auch mit dem § 3881: es würde dem Aufrechnungsgegner an der von dem Gesetzgeber bei Statuierung dieser Vorschrift erwünschten Gewissheit über den Untergang seiner Forderung fehlen, wenn es gestattet wäre, unter der Bedingung des gegenwärtigen rechtlichen Bestandes eines ausserhalb der Voraussetzungen der Aufrechnung liegenden Umstandes aufzurechnen: Wir müssen daher den § 388 II auf diesen Fall analog ausdehnen.[2])

Bei strikter Durchführung dieses Ergebnisses würden wir uns aber in einen unlösbaren Widerspruch mit dem § 209 III verwickeln. Nach diesem wird durch die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse die Verjährung des Anspruches unterbrochen.[3]) Wenn der § 209 III die Fälle der Eventualaufrechnung nicht mit umfassen wollte, könnte er nur dann praktisch werden, wenn jemand ohne gleichzeitiges Bestreiten der Gegenforderung und ohne Vorschützen einer Einrede einen aufrechnungsunfähigen Anspruch zur Kompensation bringen wollte:[4]) Das kann aber der Gesetzgeber nicht gewollt haben, insbes. ist auch in den Protokollen der 2. Kommission (s. Bd. I, S. 224 ff.) von welcher der § 209 III geschaffen ist, nichts enthalten, was eine Einschränkung des § 209 III in irgend welcher Richtung rechtfertigen könnte.

---

[1]) Anderer Ansicht Hellmann Krit. Viertelj. 42, S. 52; doch mit Unrecht; es fehlt der für die eigentliche Bedingung essentielle Schwebezustand. Matthiass I, S. 237. Planck I, S. 205.

[2]) Die condicio iuris, mit welcher unter a operiert wurde, ist keine condicio in praesens; die condicio iuris ist ein Umstand, an dessen Vorhandensein von Rechtswegen die Wirksamkeit gewisser Rechtsakte geknüpft ist; bei der condicio in praesens knüpft dagegen der Parteiwille die Wirksamkeit einer Willenserklärung an einen Thatbestand, der ausserhalb der Essentialien des Rechtsgeschäftes liegt; deshalb gilt der im Text aufgestellte Grundsatz nicht für die Deposition sub a, s. auch Anm. 3 auf Seite 50.

[3]) Über die Dauer der Unterbrechung der Verjährung s. § 215.

[4]) Siber S. 121 Text ad. A. 2. Planck I, S. 261, II S. 174.

Dazu kommt, dass wenn die Einrede im Prozesse geltend gemacht wird der eventuell kompensierende doch seinerseits gleichzeitig mit dem Vorschützen der Einrede im Prozesse die erforderlichen — und überdies einzig möglichen — Schritte thut, um die Ungewissheit, ob der Aufrechnungserfolg eingetreten ist oder nicht, durch Herbeiführung eines Urteils in welchem ja über die Begründetheit oder Unbegründetheit der Einrede entschieden wird, zu beseitigen.[1])

Wir konstatieren daher für den Fall, dass jemand im Prozesse[2]) bei prinzipalem Vorschützen einer Einrede aufrechnet, die Unanwendlichkeit des § 388;[3]) wir verkennen nicht, dass wir uns hierbei in Widerspruch mit dem legislativen Zweck des § 388 I setzen, welcher die Abhängigkeit des Aufrechnungserfolges von einem ausserhalb der Voraussetzungen der Aufrechnung liegenden Umstande und die hiermit verbundene Ungewissheit, ob ein Aufrechnungserfolg überhaupt eingetreten ist oder nicht vermieden wissen will; indessen ist diese Abweichung keine besonders weittragende, da der Kompensant sofort Vorkehrungen zur Beseitigung der Ungewissheit trifft.[4])

---

[1]) Siber S. 118. Mansfeld S. 257. Planck I, S. 261. Weissmann S. 24.

[2]) So Planck II. S. 174. Weissmann S. 20. Die Siberschen Einwendungen auf S. 121 Text zu Anm. 3, sind zum Teil in Anm. 3 auf S. 50 widerlegt; andererseits wird bemerkt, dass wir nur die Aufrechnung unter der Bedingung des gegenwärtigen Bestehens einer Einrede zu lassen, nicht aber gestatten, dass die Aufrechnungserklärung an jede sonstige condicio in praesens geknüpft wird.

[3]) Nicht auch wenn jemand ausserhalb des Prozesses unter der Bedingung, dass ihm eine Einrede nicht zusteht, aufrechnet; hier fehlt es an jedem Grunde zur Annahme einer Ausnahme. Planck II, S. 174. Anderer Ansicht Siber S. 122.

[4]) Siber S. 122 will die Eventualaufrechnung nur zur Wahrung einer peremptorischen, nicht auch einer dilatorischen Einrede und ferner zur Wahrung einer peremptorischen Einrede nur dann zulassen, wenn der Kompensant über das Bestehen der peremptorischen Einrede im Zweifel ist, nicht auch wenn er das Nichtbestehen derselben kannte. U. E. ist die Siber'sche Begründung nicht überzeugend; dagegen auch Hellmann Krit. Viertelj. Band 42 S. 53. Ein Eingehen auf diese Frage führt zu weit.

II. Wirkungen der Aufrechnung.

§ 13.

1. Im Allgemeinen.

Über die Wirkungen der Aufrechnung bestimmt § 389: „Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie als zur Aufrechnung einander gegenüber getreten sind.

1. Die Forderungen erlöschen also, d. h. sie werden ihrem Bestand nach aufgehoben. Bei der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche erlischt nur die Forderung, welche aufgerechnet wird, während der dingliche Anspruch regelmässig (s. § 4)[1] übergeht. Bei den Fällen des Ablösungsrechtes endlich erlischt nur die aufgerechnete Forderung, während die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, übergeht, soweit der Gläubiger dafür befriedigt wird. (§ 268 III, 1250, 1149.)

Die Forderungen „erlöschen", sagt § 389; nicht wird durch die die Aufrechnung bewirkende Erklärung eine Einrede geschaffen. Eine Einrede verschafft, wie S. 16 gezeigt wurde, nur das Recht, eine Leistung zu verweigern, ohne dass das Recht selbst in seiner Existenz berührt wird. Die Aufrechnung führt dagegen zu einer völligen Zerstörung beider Forderungen, bezw. der aufgerechneten Forderung. Dazu kommt, dass, wie beregt, die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche regelmässig deren Übergang auf den Kompensanten (§ 4) nach sich zieht, eine Wirkung, die, wie eine Vergleichung des § 1169 mit dem § 1168 I ergiebt, sich durch Vorschützen einer Einrede nicht erzielen lässt. Die Geltendmachung der Aufrechnung verschafft also nicht eine Einrede; ebensowenig liegt in der Geltendmachung der Aufrechnung ein Gebrauchmachen von einer bereits mit dem Gegenüberstehen der Forderungen erworbenen Einrede, da, wie weiter unten gezeigt werden wird, die Forderungen bis zur Erklärung der Aufrechnung einander völlig unberührt gegenüberstehen.[2])

[1]) s. auch § 1254 vbd. mit § 1253 I. Siber S. 130.
[2]) s. unten S. 62.

Da die Forderungen erlöschen, ist es auch nicht mehr zulässig, gegen die aufgerechnete Forderung eine andere Forderung aufzurechnen. Compensatio[1]) Compensationis non datur. Natürlich aber kann die Aufrechnungserklärung deswegen unwirksam sein, weil die zur Aufrechnung gestellte Forderung bereits früher durch eine anderweitige Aufrechnung seitens einer[2]) der beiden Parteien getilgt worden ist oder weil sie gegen ein pactum de non compensando verstösst.[2])

Eine weitere Folge des Erlöschens ist, dass die Accessorien, Bürgen und Pfänder, von der Haftung befreit werden.

2. Die Geltendmachung der Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen erlöschen, „soweit sie sich decken". Im Gegensatz zur Erfüllung (§ 266) ist hier die Teilaufrechnung gestattet. Es ist daher nicht erforderlich, dass die beiden Forderungen gleich gross sind. Es bleibt dann die grössere Forderung insoweit bei Bestand, als sie den Betrag der geringeren übersteigt. Dies gilt auch für die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche und die Ablösungsfälle, da für diese eine besondere Regelung nicht getroffen ist; die Folge ist, dass der dingliche Anspruch bezw. die Forderung nur zum Teil auf den Kompensanten übergeht.[3])

3. Eigentlich müssten die Forderungen in dem Augenblick erlöschen, in welchem die Aufrechnungserklärung, als die die Aufrechnungswirkung kausierende Thatsache abgegeben wird. Dies ist aber nicht der Fall; es bestimmt der § 389, dass die Forderungen in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Dass die Wirkungen der Aufrechnung zurückdatiert werden, ist eine Anomalie, welche der Gesetzgeber nach den Motiven II S. 109 hauptsächlich deswegen mit in Kauf genommen hat, weil durch die zeitliche Bindung der Wirkung der Aufrechnung

[1]) Von einer replica compensationis hier zu sprechen, — Mot. II S. 110, Planck II, S. 172 — erscheint uns aus den bei James Goldschmidt S. 154 ff angegebenen Gründen unzulässig zu sein.

[2]) Mot. II S. 110. James Goldschmidt S. 182 oben.

[3]) cf. auch § 268 II Satz 2, in welchem die Zulässigkeit des Ueberganges eines Teils der Forderung vorausgesetzt wird. s. Planck II. S. 40 sub 7.

an die Kompensationserklärung der praktische Wert des Rechtsinstitutes verkümmert werden würde, da eine solche Normierung namentlich zur Folge hätte, dass sowohl die Verzinslichkeit, wie die mora, sowie das Verfallen einer Strafe sich hauptsächlich nach der Zeit der Kompensationserklärung beurteilten [1]). Also praktische Rücksichten waren es, welche den Gesetzgeber zur Abweichung von dem Prinzip bestimmten.

Wird somit nach der durch die Aufrechnungserklärung erfolgten Vollziehung der Kompensation der Zeitpunkt der Kompensabilität, d. h. der Coexistenz in zur Aufrechnung geeigneter Weise als massgebend für den Eintritt der Wirkungen der Aufrechnung erklärt, so wird doch damit nicht das Gegenüberstehen der Forderungen zur Ursache der Tilgung dergestalt, dass die Erklärung zur Aufrechnung der condicio sine qua non herabsänke: vielmehr bleibt die Coexistenz der Forderungen die Voraussetzung der Aufrechnung, und die Erklärung das eigentlich Wirkende, die Ursache [2]).

Anderer Ansicht ist Endemann I S. 643 ff, mit welchem im Wesentlichen übereinstimmen Oertmann bei Kohler und Ring XIII S. 125 und XIV S. 356/7 und Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 108 ff. Nach Endemann erlöschen durch den Eintritt der Coexistenz in zur Aufrechnung geeigneter Weise kraft Gesetzes die beiderseitigen Forderungen unter der Bedingung, dass einer der Beteiligten erklärt, er rechne auf, er mache Gebrauch von den mit dem Zusammentreffen der Forderungen kraft Gesetzes eingetretenen Rechtswirkungen: daher habe die Aufrechnungserklärung nur einen deklaratorischen Charakter.

Unserer Auffassung nach ist diese Ansicht gegenüber den positiven Bestimmungen des Gesetzes unhaltbar:

---

[1]) Für die Rückwirkungstheorie Planck II, S. 160, Matthias I S. 394. Siber S. 126, 132.

[2]) Bemerkt wird, dass die Theorie des Martinus, dass sine factu hominis die Aufhebung der Forderungen eintrete, dass also die Forderungen infolge der Coexistenz erlöschen, ohne dass eine Willensäusserung seitens eines der Beteiligten erforderlich wäre, bisher für das B. G.-B. nicht behauptet worden ist, dieselbe wäre auch gegenüber der klaren Fassung des § 388 S. 1 unhaltbar.

a. Gegen Endemann spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes: Die Aufrechnung, welche nach § 388 durch Erklärung gegenüber dem andern Teil geschieht, also die Aufrechnungserklärung — nicht mithin die Coexistenz der beiderseitigen Forderungen — „bewirkt" das Erlöschen der Forderungen. Der Moment der Coexistenz der Forderungen wird nach § 389 erst infolge einer Fiktion — „sie gelten" als in dem gedachten Zeitpunkte erloschen — für bedeutsam erklärt, mithin hält der Gesetzgeber selbst die Bestimmung für etwas Anomales.

b. Selbst wenn in der durch Fiktion durchgeführten Rückwirkung nur eine „unverbindliche Konstruktion"[1]) liegen sollte, folgt doch aus der Kondicierbarkeit der Aufrechnung, deren Statthaftigkeit wir für den Fall des Vorliegens der §§ 813, 814 bei Vornahme einer Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung konstatiert[2]) haben, dass die Aufrechnungserklärung keine nur deklaratorische Thatsache sein kann. Wenn diese nur eine condicio sine qua non wäre, so wäre eine *Leis*tung nicht erfolgt da dann in ihr nur eine Berufung auf einen gesetzlich bereits vorhandenen Zustand (i. e. den Untergang der Forderungen) läge, und könnte, da eine Leistung nicht erfolgt wäre, eine solche auch nicht kondiziert werden.[3])

c) Für uns spricht ferner der Umstand, dass nach dem Gesetze trotz des Gegenüberstehens der beiden Forderungen, jede den Erlöschungsgründen unterliegt, welche für Obligationen überhaupt bestehen. Dass dies der Fall ist, folgern wir aus dem § 390 Satz 2, in welchem ausdrücklich anerkannt ist, dass eine Forderung, der eine andere kompensable Forderung gegenübersteht, der Verjährung unterliegt. Ist aber in einer Beziehung die Möglichkeit des Erlöschens einer kompensablen Forderung aus einem anderen Grunde als dem der Beeinflussung durch die entgegenstehende Forderung anerkannt, so ist damit gleichzeitig der fortwährende Bestand der Forderungen während der Kompensabilität anerkannt.[4])

---

[1]) Endemann I S. 644 A. 6.
[2]) cf. oben, S. 32 ff.
[3]) Siber S. 132. Hellmann in Krit. Viertelj. 42, S. 50.
[4]) cf. auch Windscheid II S. 290 A. 2.

d) Wären zwei einander kompensabel gegenüberstehende Forderungen, wenn auch nur bedingt, durch die Kompensationslage erloschen, so müsste das Entstehen einer weiteren an sich kompensabelen Forderung den — wenn auch nur bedingt — eingetretenen Untergang beider Forderungen nicht mehr beeinflussen können, für den Fall, dass nachher von einer der Parteien die Kompensationserklärung abgegeben wird. Nun aber ist dies nach den Bestimmungen des § 396 I entschieden nicht der Fall; es sei hier nur hervorgehoben, dass prinzipiell nach Satz I des § 396 I der aufrechnende Teil das freieste Wahlrecht unter den Forderungen, welche gegen einander aufgerechnet werden sollen, hat. Er kann also auch gegen eine Forderung, der eine andere bereits längere Zeit in zur Aufrechnung geeigneter Weise gegenüberstand, eine erst später kompensabel gewordene Forderung aufrechnen[1]) Ja, wenn der Kompensant von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht, wird nicht etwa diejenige Forderung, welche zuerst kompensabel war, getilgt, sondern zunächst die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietende, darauf die dem Schuldner lästigere und wenn derartige Forderungen nicht vorhanden sind, ist das Alter der Forderungen massgebend; nicht aber ist der Umstand entscheidend, ob die Forderungen sich als kompensabele gegenüber gestanden haben.[2])

Es ist allerdings nicht zu leugnen, dass der Gesetzgeber in den §§ 357, 390 II, 406 dem Umstande, dass die zur Zeit der Aufrechnungserklärung gemäss den § 387 ff nicht mehr kompensabelen Forderungen früher einmal als kompensabele gegenüber gestanden haben, Rechnung getragen hat, und stützen hierauf die Gegner, ibs. Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 109 und Endemann I S. 643 ihre Behauptung, dass die Forderungen bereits durch das Gegenüberstehen zum Erlöschen gebracht worden seien. Indessen handelt es sich hier um durch positive Anordnung zugelassene, singuläre Bestimmungen.

[1]) Das Kompensationsrecht ist also prinzipiell ein wandelbares. Deichmann S. 586.

[2]) Anderer Ansicht Kohler XXIV S. 45/46, jedoch im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes; gegen ihn auch Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 111, A. 24.

α) Dass die Bestimmung des § 357 eine singuläre ist, ergiebt sich u. E. daraus, dass die Aufrechnung unverzüglich erfolgen muss und dass ferner dem bereits erfolgten Rücktritt nachträglich — mit Hülfe einer Fiktion — die Wirksamksit entzogen wird.[1])

β) Dass es sich bei § 390 Satz 2 um eine Ausnahme handelt, folgt schon aus der Fassung des Gesetzes, nach welchem der § 390 Satz 2 als eine Ausnahme dem die Regel aufstellenden Satze, dass einredebehaftete Forderungen zur Aufrechnung nicht geeignet seien, in demselben § 390 gegenüber gestellt wird. Auch beweist die Entstehungsgeschichte des § 390 II, dass der Gesetzgeber ihn als eine Ausnahme ansieht. Er war in dem E I nicht enthalten und erst in der 2. Lesung entschloss man sich aus den oben S. 17 angegebenen Billigkeitsrücksichten, ihn in das Gesetz aufzunehmen.[2])

γ) Dass endlich auch bei § 406[3]) eine Singularität vorliegt, ergiebt sich daraus, dass hier weder der Cedent, der ja für die Forderung, die ihm nicht mehr zusteht, nicht befriedigt werden kann, noch der Cessionar, da dieser durch Befreiung des Cessus von einer Forderung, die sich also nicht gegen ihn — den Cessionar — richtet, befriedigt wird.[4])

Nichts berechtigt uns, über diese singulären Fälle hinauszugehen. Insbesondere ist es auch verkehrt, von einer „in der Aufrechnungssituation liegenden Vorwirkung, einer Vinkulierung der beiderseitigen Ansprüche[5]) durch einander in dem Sinne zu handeln, dass hieraus weitere Konsequenzen gezogen werden dürften, als der Gesetzgeber sie in den soeben sub α—γ beregten Ausnahmen vom Prinzip anerkannt hat. Wir lehnen daher alle aus diesem Begriff von Kohler S. 32 ff und Weissmann S. 35 ff gezogenen

[1]) Siber S. 132.

[2]) Hellmann in Krit. Viertelj. 42, S. 51. s. übrigens auch Siber S. 132.

[3]) Ebenso steht es auch mit den übrigen, auf demselben Rechtsgrunde beruhenden Bestimmungen: s. S. 33 ff.

[4]) Siber S. 132.

[5]) Kohler XXIV S. 32 ff. Weissmann S. 35 ff.

Konsequenzen ab, soweit wir sie nicht bereits früher zurückgewiesen haben.[1]) Ein Eingehen auf Einzelheiten verbietet uns der zur Verfügung stehende Raum.

Vielmehr betonen wir besonders, dass bis zur Erklärung der Aufrechnung die beiderseitigen Forderungen in keiner Weise von einander berührt werden. Man darf auch nicht sagen, dass nur das Gegenüberstehen zweier Forderungen eine Einrede[2]) im Sinne des B.G.-B. ein Recht, die Leistung aus der Gegenforderung zu verweigern, erzeugt werde. Dies ergiebt insbesondere auch das Verhältnis der §§ 768 I und 720 II zu einander.[3]) Nach § 768 I kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Von der Aufrechnung besagt § 770 I, dass der Bürge eine verzögerliche Einrede habe, „so lange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners befriedigen könne;" es handelt also der § 770 II von der noch nicht erklärten Aufrechnung. Er steht im Gegensatz zu § 768 I; damit ist negiert, dass das Gegenüberstehen der Forderungen eine Einrede erzeugt; denn es dürfte, wie schon oben S. 29 bemerkt wurde, nicht anzunehmen sein, dass das B.G.-B. dem Bürgen das Recht hat geben wollen, dem Gläubiger sowohl mit der peremptorischen Einrede des Hauptschuldners, der Befugnis desselben zur Kompensation, als auch mit einer weiteren verzögerlichen Einrede, so lange der Gläubiger die Erklärung der Aufrechnung nicht beliebt hat, entgegenzutreten.

Es mag hier noch betont werden, dass auf die Vinkulierung der beiderseitigen Ansprüche[4]) keine Rückforderung des zum Zwecke einer realen Erfüllung Geleisteten wegen irrtümlich unterlassener Aufrechnung gestützt werden kann. Es ist dies eine Frage von nicht geringer praktischer Bedeutung, da, wie wir

[1]) s. z. B. oben S. 29.

[2]) Cosack 1. Aufl. I. S. 360. Kuhlenbeck II S. 160/1; dagegen jetzt auch Cosack I 2 Aufl. S. 364. Hellmann. Krit. Viertelj. 40 S. 188.

[3]) Weissmann, S. 17, auch in den §§ 478 und 479 stellt das Gesetz die Einrede und die Kompensationsbefugnis in Gegensatz zu einander.

[4]) Dies ist der für Weissmann S. 35 durchschlagende Grundsatz s. S. 35 oben: »er konnte doch der Forderung, wenn auch nur unter Aufopferung der eigenen, aber er konnte ihr doch jederzeit durch einseitige Erklärung ein Ende bereiten.«

sehen werden, die seit dem Gegenüberstehen der Forderungen aufgelaufenen Zinsansprüche infolge des Aufrechnungsvollzuges untergehen. Hat daher jemand eine verzinsliche Forderung mitsamt den seit dem Erwachsen der Gegenforderung entstandenen Zinsen in Unkenntnis einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden unverzinslichen Forderung bezahlt, so würden bei Zulassung einer condictio indebiti gegen Aufgabe der Gegenforderung die entrichteten Zinsbeträge zurückgefordert werden können, während ihm andernfalls auf seine unverzinsliche Forderung nur deren Betrag zugesprochen wird, er also der entrichteten Zinsen verlustig geht.

Indessen bestehen einerseits, wie gezeigt, die beiden Forderungen bis zur Aufrechnung als vollwirksam neben einander, keine derselben ist, wenn auch nur bedingt, durch die andere aufgehoben, andererseits ist auch keine derselben durch das Gegenüberstehen der Forderung mit einer Einrede behaftet, so dass der Thatbestand der §§ 812, 813 I nicht gegeben ist. Für eine Aufrechnung ist vielmehr das Vorliegen der im § 387 gedachten Voraussetzungen zur Zeit der Aufrechnungserklärung erforderlich, sodass die Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn dieselben fehlen, insbes. wenn eine Forderung durch Zahlung untergegangen ist. Eine Rückziehung tritt nur ein, wenn die Voraussetzungen der Kompensation zur Zeit der Kompensationserklärung vorliegen; nicht enthält die Rückziehung eine Erweiterung der Voraussetzungen der Aufrechnung.[1]) Dem Zustande der Kompensabilität aber hat das Gesetz, wie in diesem § S. 60 ff. gezeigt wurde, nur in bestimmten Fällen Rechnung getragen, so dass beim Mangel einer positiven Zulassung der condictio indebiti für unsern Fall eine solche nicht unterstellt werden kann.

Eine Unbilligkeit vermögen wir hierin mit Weissmann S. 34 nicht zu erblicken. Denn der Aufrechnungsgegner ist gerade so gestellt, wie der Kompensant. Ebensowenig wie der Schuldner die in Unkenntnis der ihm zustehenden kompensabelen Gegenforderung geschehenen Leistung zurückfordern kann, ebensowenig darf der Gläubiger das in Unkenntnis seiner

[1]) Planck II, S. 172. Matthias I S. 394. Siber S. 126. 133.

Verpflichtung empfangene zurückgeben, um seinerseits kompensieren zu können.[1]) Nehmen wir an, der Schuldner einer unverzinslichen Forderung habe seinem Gläubiger gezahlt, welcher die Zahlung in Unkenntnis einer gegen ihn für seinen Schuldner begründeten, verzinslichen Forderung angenommen hat, so kann der Gläubiger nicht seinerseits zwecks Durchführung einer Aufrechnung die empfangenen Zahlungen zurückgeben, sondern muss seinerseits die Forderung mitsamt den Zinsen bezahlen.

Endlich sei noch auf Folgendes hingewiesen: da die Ursache der Aufrechnung die Erklärung und nicht das Gegenüberstehen der Forderungen ist, kann auch noch auf Grund einer erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, erklärten Aufrechnung, eine Einwendung gegen den judicatmässig festgestellten Anspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäss Z.-P.-O. § 767 vorgebracht werden, selbst wenn die Forderungen sich schon vorher als kompensabele gegenübergestanden haben.[2])

§ 14.

2 Die Zurückziehung der Kompensationserklärung im Einzelnen.

1 Wenn in dem § 389 die Rückziehung für das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen statuiert ist, so bezieht sich dies natürlich auch auf die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche oder gegen einen Ablösungsverpflichteten: die aufgerechnete Forderung gilt als im Momente der Kompensabilität erloschen. Für den Übergang des dinglichen Anspruches und der Forderung des Gegners des Ablösungsberechtigten ist die Rückziehung allerdings nicht ausdrücklich vorgeschrieben worden; doch auch hier ist Rückziehung auf den Moment der Aufrechnungsfähigkeit anzunehmen[3]) da ein einheitlicher Zeitpunkt für den Beginn sämmtlicher Rechtsfolgen der Aufrechnung massgebend sein muss.

[1]) Ruber S. 19.

[2]) Kohler XXIV S. 22. Weissmann S. 24. Fortsch S. 229, a. 2. Recius S. 256. Planck II, S. 178.

[3]) Siber S. 126, s. dort die Bedeutung der Rückdatierung des Übergangs der Rechte für die Aufrechnung im Konkurse.

2. Der Moment in welchem die beiden Forderungen in zur Aufrechnung geeigneter Weise einander gegenüber getreten sind, ist gegeben, sobald sämmtliche Voraussetzungen der Kompensation insbes. die des § 387 eingetreten sind, sofern nicht in concreto ein besonderer Grund für den Ausschluss der Kompensation gegeben ist. Wir nehmen hier Bezug auf die in den §§ 1—8 gegebene Darstellung.

Zu beachten ist jedoch, dass die Feststellung dieses Zeitpunktes unter Umständen Schwierigkeiten begegnen kann, so insbes. wenn der Zeitpunkt, zu welchem eine Leistung unmöglich geworden ist, ermittelt werden muss, sofern z. B. erst durch das Eintreten des Unmöglichwerdens die Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände eingetreten ist.

Des weiteren darf nicht übersehen werden, wenn die §§ 387, 389 den Zeitpunkt für massgebend erklären, in welcher jeder Teil die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann, das Fordern-Können und Bewirken-Können, wie oben S. 39 gezeigt wurde, nicht immer zusammenfallen. Für die Aufrechnungsbefugnis jeder Partei sind diesfalls verschiedene Voraussetzungen gegeben, und je nachdem von der einen oder anderen Partei die Kompensation erklärt wird, wird der Aufrechnungserfolg auf einen verschiedenen Zeitpunkt zurückbezogen. Bei einer in den landesüblichen Zahlungsterminen zu leistenden Zahlung ist, sofern es sich um eine verzinsliche Forderung handelt, keine Partei vor Beginn des Termins zum Fordern bezw. zum Leisten berechtigt, da insoweit die Befristung in beiderseitigem Interesse statuiert ist; dagegen ist die Terminszeit selber eine ausschliesslich im Interesse des Schuldners statuierte Befristung. Der Schuldner kann bereits am 2. Januar, bezw. 1. Juli mit der Wirkung zahlen, dass der Gläubiger, wenn er nicht annimmt, in Annahmeverzug gerät; dagegen braucht er nicht vor dem Schlusstage des Termins dem 8. Januar bezw. 7. Juli zu zahlen.[1]) Je nachdem daher der Schuldner oder der Gläubiger aufrechnet, wird der Aufrechnungserfolg auf den 2. Januar, bezw. 1. Juli oder auf den 8. Januar bezw. 7. Juli

[1]) Meckl. V.-O. vom 15./II. 1898. Meckl. Zeitschr. XVI, S. 192.

zurückbezogen. Richtiger wäre es also, wenn das Gesetz nur von einem Zeitpunkt, in welchem die eine Forderung der anderen in zur Aufrechnung geeigneter Weise gegenüber getreten ist, nicht aber, von einem Zeitpunkt, in welchem die beiden Forderungen in zur Aufrechnung geeigneter Weise einander gegenübergetreten sind, handelte.

Dagegen ist der Schuldner, da der Gläubiger am letzten Tage des Termins zu befriedigen ist, u. E. gehalten, bereits am Morgen des letzten Tages zu zahlen, wenn der Gläubiger, der ja sicher an diesem Tage fordern darf, am Morgen fordert; sobald der Gläubiger fordern darf, muss auch der Schuldner leisten. Anderer Ansicht ist Ludwig Goldschmidt S. 164, nach welchem der Schuldner, wenn der Gläubiger morgens Zahlung verlangt, erst am Abend zu zahlen braucht. Mit Recht entgegnet ihm jedoch Huber S. 32: „Einen Rechtssatz dahingehend, dass eine an einem bestimmten Tage fällige Leistung erst gegen Ende des Tages gefordert werden darf und erfüllt zu werden braucht, enthält das Gesetz nicht". Rechnet daher der Gläubiger auf, mag er diese Erklärung nun am letzten Terminstage — gleichgültig, ob morgens oder abends — oder erst nach Ablauf des Termins abgeben, so wird die Aufrechnungswirkung auf die Tageszeit zurückbezogen, zu welcher er fordern kann, und gelten daher beide Forderungen bereits als am Morgen des letzten Tages und zwar zu Beginn der Geschäftszeit getilgt. Dies ist für die Tilgung einer gegen den Gläubiger gerichteten Forderung auf eine zu einer bestimmten Stunde unter Stipulierung einer Konventionalstrafe versprochenen Leistung nicht unwichtig.[1]) Umgekehrt wird, wenn der Schuldner der im Termin zu leistenden Zahlung aufrechnet, die Aufrechnungswirkung auf den Beginn der Geschäftszeit des ersten Terminstages zurückbezogen, da er beim Beginn derselben die Leistung bewirken kann.

3. Die Folge der Zurückdatierung auf den Moment der Kompensabilität bewirkt, dass von diesem Augenblick an die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen

[1]) s. das Beispiel bei Ludwig Goldschmidt S. 164 u. Huber S. 31/32.

aufhört; es ist dabei gleichgültig, ob die Forderungen zu demselben oder einem verschieden hohen Zinsfusse ausstanden, oder ob die eine verzinslich und die andere unverzinslich war. Auch gilt der Verzug, soweit er bezüglich einer der Forderungen nach dem Moment der Aufrechnungsmöglichkeit eingetreten ist, als nicht eingetreten. Ebenfalls gilt eine Strafe, die in der Zwischenzeit verwirkt wurde, als nicht verfallen, u. z. nicht nur eine Konventionalstrafe, sondern, jeder für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung eintretende Nachteil [1] [2] abgesehen von den bereits beregten Verzugsfolgen. Ja, soweit in der Zwischenzeit Forderungen der gedachten Art berichtigt sind, können sie nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden, da sie ja infolge der Aufrechnung als nicht erwachsen anzusehen sind. [3])

4. Selbstverständlich kann aber die in der Aufrechnung liegende Verfügung Wirkungen nur an den zur Aufrechnung gestellten Forderungen hervorrufen: Daher findet auch die Rückziehung des Kompensationserfolges seine Grenze in der Einwirkung auf die rechtlichen Verhältnisse derjenigen Personen, welche an den von der Kompensation betroffenen Forderungen unmittelbar beteiligt sind. Unmittelbar beteiligt an den kompensierten Forderungen sind auch die Ansprüche eines Gläubigers gegen Personen, welche sich für eine der Forderungen verbürgt haben, da für die Existenz einer Bürgschaftsforderung das Vorhandensein einer Hauptforderung Bedingung ist, dasselbe gilt natürlich auch für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Verpfänder einer beweglichen Sache.

Durchaus unabhängig von den kompensierten Forderungen dagegen ist der Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Gewährung einer

---

[1]) Ludwig Goldschmidt S. 152.

[2]) Zu beachten ist, dass nach §§ 554 II; 581, nur eine unverzüglich erklärte Aufrechnung eine Kündigung des Vermieters oder Verpächters wegen nicht entrichteter Miet- und Pachtzinsen unwirksam macht; nur wenn sie unverzüglich erfolgt, hat sie rückwirkende Kraft. Planck II, S. 308.

[3]) Siber S. 125. Planck II S. 172 a. M. Scherer II S. 288, jedoch ohne Begründung.

vereinbarten Provision für die Uebernahme der Bürgschaft. Das interne Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen hat nichts mit dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zu schaffen; nur die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen ist ein adnexum der kompensierten Forderung, nur auf diese kann die Rückziehung Wirkungen äussern: daher hat der Hauptschuldner dem Bürgen die Provision bis zur Erklärung der Aufrechnung, nicht nur bis zu dem Tage, an welchem die Hauptforderung als erloschen gilt, zu gewähren.[1])

Zur Verdeutlichung des auf S. 67 sub 4 beregten Grundsatzes über den Umfang der Wirkungen der Rückziehung sei noch ein weiteres Beispiel erwähnt. X. hat für seine eigene Schuld an A. eine bewegliche Sache verpfändet und dieselbe später noch einmal für eine weitere Schuld an B. verpfändet; dabei hat er B. gegenüber die Verpflichtung übernommen, das vorgehende Pfandrecht des A. bis zum 1. I. 1900 abzustossen[2]) widrigenfalls die sonst bis zum 1. I. 1901 gestundete Forderung des B. sofort fällig werden solle. Am 1. XII. 1899 erwirbt X. eine Forderung gegen A., rechnet mit ihr jedoch erst am 1. II. 1900 gegen A. auf. Diesfalls gilt im Verhältnis zwischen A. und X. die Forderung des A. bereits als am

[1]) Huber S. 25; a. M. Ludwig Goldschmidt S. 157.

[2]) Dieses Beispiel ist bei Ludwig Goldschmidt S. 156 und Huber S. 25 erwähnt, jedoch mit der Modification, dass nicht ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache, sondern eine Hypothek an einem Grundstücke bestellt worden ist. Wir bemerken dazu, dass in diesem Falle nach dem B.G.-B., selbst wenn das im Text S. 64 gewonnene Resultat unrichtig wäre, X. seiner Verpflichtung gegen B. nicht nachgekommen wäre, weil nach § 1163 I Satz 2 der Eigentümer beim Erlöschen der Forderung die Hypothek erwirbt, und er also, auch wenn Rückziehung im Verhältnis von X. zu B. anzunehmen wäre, seiner Verpflichtung, die Hypothek abzustossen, nicht erfüllt hätte. — Auch sei darauf hingewiesen, dass in dem von Ludwig Goldschmidt S. 155 und Huber S. 24 Abs. 3 beregten Fall nicht beachtet ist, dass nach § 1247 Satz 1 cf. Endemann II S. 558 — nach erfolgtem Pfandverkauf die Forderung des Pfandgläubigers untergeht, gegen die untergegangene Forderung aber eine schon vor dem Pfandverkauf kompensable Forderung nicht mehr aufgerechnet werden kann, sodass die Frage, ob durch die Rückziehung der Wirkungen einer nach erfolgtem Pfandverkaufe erklärten Aufrechnung die Rechtsstellung des Erwerbers der Pfandsache berührt wird, nicht mehr gestellt zu werden braucht.

1. XII. 1899 infolge des Prinzips der Rückziehung erloschen und das Pfandrecht als am 1. XII. 1899 untergegangen. (§ 1252). Diese zwischen A. und X. sich begebende Thatsache kann auf das Verhältnis zwischen B. und X. keine Wirkungen äussern: Die Forderung des B. gegen X. ist von der Forderung des A. gegen X. völlig unabhängig. X. war in Folge der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit dem B. gegenüber am 1. I. 1900 in Verzug gekommen und war die Forderung des B. daher am 1. I. 1900 sofort fällig. Hierbei verbleibt es auch, wenn im Verhältnis zwischen A. und X. der Untergang der Forderung des A. gegen X. zurückdatiert wird.

5. Die Frage der Rückziehung hat aber nur für das materielle Recht Bedeutung; über prozessuale Fragen will § 389 nicht entscheiden. Wem die Prozesskosten bei einer erst nach der Klagerhebung erfolgten Aufrechnung zur Last fallen, wenn die Kompensationslage bereits vor der Klagerhebung gegeben war, diese Frage ist zivilprozessualer Natur. Hier steht es so, als ob der Beklagte erst nach dem Prozessbeginn geleistet hätte. Auf § 93 C.P.O. kann er sich nicht berufen. Zur Klagerhebung hat der Beklagte Anlass gegeben, da die Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung einander unberührt gegenüberstanden, und erst die Aufrechnungserklärung den Untergang derselben bewirkte. Der, für die Frage, ob Anlass zur Klage gegeben ist, massgebende Zeitpunkt, bestimmt sich nach prozessualen Grundsätzen und kann kein anderer als der der Klagerhebung sein. [1])

Aus demselben Grunde fällt auch die Zuständigkeit eines Gerichtes für eine im Gerichtsstande des Vermögens erhobene Klage nicht fort, wenn nach Erhebung der Klage mit einer bereits vor Erhebung der Klage kompensabelen Gegenforderung aufgerechnet wird. Die Richtigkeit unserer Ansicht wird überdies auch durch § 263 II (perpetuatio fori) belegt. [2])

---

[1]) Siber, S. 127. Mansfeld S. 258. Förtsch S. 233. Liebknecht, Vorbehaltszahlung, Vorwort S. 6; Anderer Ansicht Weissmann S. 36 auf Grund der Vinkulierungstheorie (s. jedoch auch S. 29) und Eccius S. 255.

[2]) Weissmann S. 29. Huber S. 23 A. A. Ludwig Goldschmidt S. 154.

§ 15.

3. Die Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen. § 396.

1. Wenn der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat, kann der aufrechnende Teil nach § 396 I, Satz 1, die Forderungen[1]) bestimmen, welche gegen einander aufgerechnet werden sollen. Es ist hiernach gleichgültig, ob die Aufrechnungserklärung von demjenigen, der die mehreren Leistungen schuldet oder von dem, der sie zu fordern hat, abgegeben wird.[2]) Wenn jedoch die Aufrechnung ohne solche Bestimmung erklärt wird, so greifen nach Satz 2 des § 396 I die Bestimmungen Platz, welche für den Fall gelten, dass der Schuldner einem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist, und das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden ausreicht, sofern der Schuldner die Schuld, welche getilgt werden soll, bei der Leistung nicht bezeichnet hat.[3]) Hiernach werden (§ 366 II) getilgt zunächst

a) die fällige Forderung; sodann
b) unter mehreren fälligen Forderungen diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, in Sonderheit daher eine bereits verjährte Forderuug vor der nicht verjährten Forderung, da hier die Erfüllung in anderer Weise als durch Kompensation nicht erzwungen werden kann.[4])
c) unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere Forderung, insbes. eine verzinsliche vor der unverzinslichen Forderung, eine vollstreckbare vor der nicht vollstreckbaren Forderung, unter Umständen auch eine Miets-

---

[1]) Natürlich müssen bei der gewählten Forderung sämmtliche Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen, da andernfalls die Aufrechnung unwirksam ist; s. S. 41 ff.

[2]) James Goldschmidt S. 220.

[3]) Auch hier werden natürlich nur Forderungen berücksichtigt, bei denen sämmtliche Voraussetzungen der Kompensation vorliegen, s. Anm. 1 auf dieser Seite.

[4]) James Goldschmidt S. 223. von Seeler S. 104 ff., Weissmann S. 30, dagegen Planck II. S. 178; ein Eingehen auf diese Streitfrage führt zu weit.

zinsforderung vor einer anderen, wenn erstere den Gläubiger zur Exmission des Schuldners berechtigt. [1])

d) unter mehreren gleich lästigen Forderungen die ältere Forderung, d. h. die früher entstandene.

e) bei gleichem Alter jede Forderung verhältnismässig.

Dieselben Grundsätze greifen des weiteren auch dann Platz, wenn der aufrechnende Teil eine den Bestimmungen sub a bis e nicht entsprechende Anrechnung bestimmt hat, sofern der andere Teil unverzögerlich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern § 121) der getroffenen Bestimmung widerspricht. Der unverzügliche Widerspruch des Aufrechnungsgegners vermag aber nur eine dem § 366 II entsprechende Anrechnung der von dem aufrechnenden Teil in concreto zur Aufrechnung bestimmten Forderung auf seine — des Aufrechungsgegners — entgegenstehenden Forderungen herbeizuführen; nicht vermag der Widerspruch anderweitige Forderungen des Kompensanten, welche dieser gar nicht zur Kompensation bestimmt hat, zur Aufrechnung zu bringen. Wie im § 366 nicht berücksichtigt werden kann, was nicht gezahlt ist, kann auch bei § 396 nicht berücksichtigt werden eine Forderung, die nicht aufgerechnet ist. [2])

Der Widerspruch [3]) ist ein einseitiges empfangsbedürftiges, materielles Rechtsgeschäft, durch welches der von dem Kompensanten getroffenen Bestimmung über die Anrechnung der Gegenforderung widersprochen wird, und die Anrechnung der gegnerischen Forderung auf die Forderung des Widersprechenden in der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge herbeigeführt wird. Nicht darf man in dem Widerspruch eine Gegenaufrechnung, eine compensatio compen-

[1]) James Goldschmidt S. 214, Anm. 258.

[2]) Planck II, S. 179. James Goldschmidt S. 159. 160. 226.

[3]) Darüber, dass bei § 396 die Aufrechnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, und der Widerspruch nicht als die Ablehnung einer Offerte zum Abschlusse eines beim Ausbleiben des Widerspruches durch stillschweigende Annahme zu Stande gekommenen Aufrechnungsvertrages, durch welchen die Forderungen in anderer Reihenfolge als in der gesetzlichen getilgt werden, anzusehen ist. s. Deichmann S. 586/7.

sationis [1]) in dem Sinne, dass gegen die aufgerechnete Forderung eine andere Forderung des Kompensaten zur Aufrechnung gebracht würde, erblicken. Hiergegen spricht insbes. der Umstand, [2]) dass man nur eine Anrechnung der aufgerechneten Forderungen auf die eigenen nach Massgabe der im § 366 I enthaltenen Anrechnungsvorschriften herbeiführen, nicht aber irgend eine der eigenen Forderungen nach seinem Belieben zur Aufrechnung entgegenstellen kann. Dass aber bei einer derartigen gesetzlichen Beschränkung in der Wahl der eigenen Gegenforderung, welche gegen die kompensierte Forderung zur Aufrechnung gebracht wird, von einer Befugnis die aufgerechnete Forderung durch eine andere mittelst Aufrechnung zu tilgen, nicht gehandelt werden kann, leuchtet ein. Vielmehr wird nur die vom Kompensanten erklärte Aufrechnung in ihrer Richtung auf die gewählte Gegenforderung abgelenkt, und die aufgerechnete Forderung auf eine andere Gegenforderung nach Massgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge angerechnet.

Nicht gilt übrigens der für das gemeine Recht von einer grossen Anzahl von Schriftstellern gelehrte Satz, dass konnexe Forderungen vor nicht konnexen aufzurechnen seien, eine derartige Bestimmung ist in den § 396 I, 366 II nicht enthalten. [3])

2. Schuldet einer der bei der Aufrechnung Beteiligten ausser einer Hauptschuld noch Zinsen und Kosten, so ist es Thatfrage, ob es sich um eine einheitliche, die Zinsen und Kosten mitumfassende Forderung, oder um mehrere, verschiedene Ansprüche handelt. Beispielsweise ist der Anspruch auf Verzugszinsen neben dem Hauptanspruch kein selbständiger Anspruch, sondern nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptleistung; anders steht es bei dem Anspruch auf Leistung vertragsmässiger Zinsen, da dieser seine Existenz einem besonderen, das Versprechen der Haupt-

---

[1]) so insbes. Weissmann S. 30 ff.

[2]) James Goldschmidt S. 159 ff, 231.

[3]) darüber, dass die Geltendmachung der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes im Prozesse unter Umständen eine der compensatio compensationis wegen Uebergehung eines konnexen Anspruches analoge Wirkung hervorrufen kann, s. die Ausführungen bei James Goldschmidt S. 165—179. ibs. S. 170.

schuld begleiteten Nebenschuldversprechen verdankt. [1]) Wenn nun

a) der Gläubiger einer auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichteten Forderung aufrechnet, so greifen die Bestimmungen des § 396 I Platz, sofern es sich um mehrere selbständige Leistungen handelt. Liegt dagegen eine einheitliche Forderung vor, [2]) so ist, da das Gesetz für diesen Fall eine besondere Regelung nicht getroffen hat, anzunehmen, dass hier der Grundsatz „in dubio pro reo" Platz greift; danach werden die Kosten vor den Zinsen, und die Zinsen hinwiederum vor der Hauptforderung getilgt. Man könnte uns entgegenhalten, dass wenn zunächst die Hauptforderung getilgt wird, der Schuldner auf die getilgte Forderung Zinsen nicht zu zahlen brauche, und da von Zinsen nicht ohne nachträgliche Vereinbarung Zinsen wieder gefordert werden können (§ 248 I) der Grundsatz „in dubio pro reo" dahin führe, zunächst die Hauptforderung zum Untergange zu bringen.

Indessen muss der Schuldner gewärtigen, dass der Gläubiger die Zinsen und vor diesen noch die Kosten im Wege der Klage eher als die Hauptforderung einfordern wird, und sind daher diese als die lästigeren Bestandteile der Hauptforderung anzusehen. Wir kommen mithin zu demselben Ergebnis wie sub. b. [3])

b) Wenn jedoch der Schuldner der auf Hauptleistung, Zinsen und Kosten gerichteten Forderung die Aufrechnung erklärt, greifen nach § 396 II die Bestimmungen Platz, welche im § 367 für den Fall getroffen sind, dass der Schuldner von Hauptleistung, Zinsen und Kosten eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung macht. Es ist, da das

---

[1]) Planck II, S. 148.

[2]) Deichmann S. 590 scheidet diese beiden Fälle nicht von einander, und giebt allgemein dem Gläubiger ein unbeschränktes Wahlrecht, weil das Gesetz für den Fall a) eine besondere Regelung nicht getroffen habe. Wir verkennen nicht, dass die Deichmannsche Ansicht durch ein aus § 396 II, der nur von der Aufrechnung des Schuldners handelt, zu ziehendes argumentum e contrario eine gewisse Unterstützung findet.

[3]) Zu beachten ist übrigens, dass aus dem materiellen Rechte entspringende Nebenansprüche, soweit sie seit der Coexistenz der Forderungen in zur Aufrechnung geeigneter Weise entstanden sind, infolge der Kompensationserklärung zusammenfallen. s. S. 66 ff.

Gesetz nicht unterscheidet, gleichgültig, ob der Anspruch auf Zinsen und Kosten ein selbständiger Anspruch ist oder von dem Hauptanspruche abhängt. [1]) Gemäss § 367 I wird nun, wenn die aufgerechnete schuldnerische Forderung zur Tilgung der gesamten gläubigerischen Forderungen nicht ausreicht, dieselbe zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptforderung angerechnet.

Wenn der schuldnerische Kompensant eine andere Anrechnung bestimmt, so ist nicht, wie in § 396 I, die Bestimmung des Kompensanten massgebend, auch ist dem Aufrechnungsgegner nicht ein Widerspruch mit der Wirkung gegeben, dass die aufgerechnete Forderung auf die Gegenansprüche des Kompensanten in der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge angerechnet würde, sondern es findet § 367 II entsprechende Anwendung. Derselbe lautet: „Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen".

Wie Deichmann S. 589 richtig hervorhebt, hat der Gesetzgeber dem Gläubiger in dem § 367 II nicht ein besonderes gesetzliches Ablehnungsrecht für den Fall einer solutio mit einer vom § 367 I abweichenden Anrechnungsbestimmung gewähren wollen, da eine Pflicht zur Annahme einer Leistung für den Schuldner im Allgemeinen auch sonst nicht besteht, und die Nichtannahme nur die Nachteile des Annahmeverzuges zeitigt, vielmehr bleibt es dem Gläubiger an sich überlassen, die Leistung, wie jede andere, anzunehmen oder zurückzuweisen; nur wenn er nicht annimmt, soll das Angebot des Schuldners den Nachteil des Annahmeverzuges nicht hervorrufen, sondern es bleibt die Forderung des Gläubigers unberührt und inhaltlich von dem Angebote nicht verändert, bestehen.

Die entsprechende Anwendung des § 367 II auf die Aufrechnung führt dahin, dass, wenn der schuldnerische Kompensant erklärt, er wolle seine Forderung gegen die gegnerische Forderung auf die Hauptleistung vor der Forderung auf die Zinsen und Kosten aufrechnen, diese Erklärung die gegnerische Forderung in ihrer Existenz nicht berührt, sondern es dem anderen Teile überlassen bleibt, die Aufrechnung an-

[1]) **Planck** II S. 148.

zunehmen oder nicht, und sie daher, wenn sie nicht angenommen wird, unwirksam bleibt. Die einseitige Erklärung des Schuldners bringt daher diesfalls einen Aufrechnungserfolg nicht hervor, sondern sie enthält nur eine Offerte zu einem Kompensationsvertrage. Eine Pflicht, eine Erklärung auf diese Offerte abzugeben, existiert nur insoweit, als Stillschweigen, insbes. bei bestehender Geschäftsverbindung als Zustimmung ausgelegt werden kann; andernfalls bedarf es einer Ablehnung, eines Widerspruches nicht.[1] Es liegt mithin hier eine Ausnahme von der sonst im dritten Titel des zweiten Buches des B. G.-B strikt durchgeführten, einseitigen Aufrechnung vor.

C. Welchem juristischen Begriffe ist die Aufrechnung zu unterstellen.

§ 16.

1. Man hat die Aufrechnung vorwiegend unter den Begriff der Zahlung subsumiert: Stölzel Eventualaufrechnung S. 2 ff. spricht von einer „ideellen" Zahlung, Krug S. 6 ff. spricht von einer „Selbstzahlung"[2] des Gläubigers und Rehbein nach Fürst S. 323 von einer „abgekürzten" Zahlung. Alle diese Theorien scheitern jedoch u. E. an nachstehenden Thatsachen.

a) Die Zahlung wird vollzogen durch reale Bewirkung der in concreto versprochenen Leistung, nach vollzogener Zahlung muss sich das in obligatione befindliche Objekt in den Händen des Gläubigers befinden. Dagegen ist es für den Rechtseffekt der Aufrechnung völlig gleichgültig, ob sich der Gläubiger im Besitze der Vermögensobjekte befindet, auf deren Leistung sein Forderungsrecht gerichtet ist.[3]

b) Der Schuldner ist bei der Zahlung nicht zu Teilleistungen berechtigt (§ 266); dagegen ist Teil-

---

[1]) Anderer Ansicht Planck II S. 176.

[2]) Wir lassen dahingestellt, ob der Begriff »Selbstzahlung« nicht ein in sich widerspruchsvoller Begriff ist. Liebknecht Vorbehaltszahlung S. 106.

[3]) Kohler XXIV S. 4, Lippmann S. 220, Dernburg Kompens. S. 359.

aufrechnung wie oben S. 57 gezeigt wurde, gemäss § 389 allgemein gestattet.

c) Bei der Zahlung kann, sofern nicht in concreto Leistung durch den Schuldner als für das obligatorische Verhältnis essentiell erklärt ist, jeder Dritte die Leistung bewirken, und kommt der Gläubiger, wenn er die Zahlung verweigert, in Annahmeverzug, § 267 I. Anders steht es bei der Aufrechnung: hier kann ein Dritter nur in bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Fällen, seine Forderung gegen die Forderung eines anderen aufrechnen.

d) Bei der Zahlung kann der Schuldner, wenn er mehrere gleichartige Leistungen schuldet, sofern das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht, bestimmen, welche Schuld durch seine Leistung getilgt sein soll (§ 366 I). Der Gläubiger kann durch seinen Widerspruch eine anderweitige Aufrechnung nicht erreichen, nur wenn der Schuldner auf die in concreto von ihm beliebte Forderung eine Teilleistung machen will, kann er die Annahme der Leistung ablehnen. Anders dagegen steht es bei der Aufrechnung nach § 396 I, wo, wie im vorigen § gezeigt wurde, dem Schuldner zur Wahrung seiner Interessen das Widerspruchsrecht gegeben ist. [1])

2. Kohler bei Busch XXIV S. 3 ff sieht in der Aufrechnung eine Anweisung an den Schuldner zur Selbstzahlung. Angewiesener und Anweisungsempfänger würden hiernach in einer Person zusammenfallen. Hiergegen spricht aber, dass nach § 784 der Angewiesene zur Leistung nur verpflichtet ist, wenn er die Anweisung annimmt.[2]) § 784 sagt dies allerdings nur von der schriftlichen Anweisung, doch kann von der mündlichen Anweisung unmöglich etwas Anderes gelten. Wenn Kohler meint, dass ein Schuldner eine derartige Anweisung nicht ablehnen könne, weil die Zahlung an sich selbst nur das Zahlungsgeschäft erleichtere und nicht wohl eine Erschwerung mit sich bringen könne, so ist dies offenbar eine petitio principii; sagt doch Kohler S. 3 selbst, dass „diese Kluft übersprungen werde." Auch spricht alles zu 1) Beregte gegen die

[1]) Cosack I, 2. Aufl. S. 364.
[2]) Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 116.

Kohlersche Theorie, da nach ihm im Effekt eine Selbstzahlung erreicht werden soll.

3. Man hat in der Aufrechnung eine datio in solutum sehen wollen und zwar hat man gesagt, dass die eigene Forderung, ein Erlass derselben oder ein Anerkenntnis des Erlöschens in solutum gegeben werde.[1]) Dieser Konstruktion steht jedoch im Wege, dass nach § 364 I zum Zustandekommen einer datio in solutum ein Vertrag erforderlich ist. S. auch Planck II S. 143. Endemann I S. 635. Des weiteren ist auch zum Erlass und zum Anerkenntnis des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses Vertragsform nötig (§ 397 I u. II). Hierüber kann uns auch die von Siber S. 136 versuchte Erklärung, weshalb nun diesmal ausnahmsweise eine Vertragsform nicht nötig sei, nicht hinweghelfen.

4. Die Aufrechnung ist auch keine Zwangsvollstreckung; denn letztere geht prinzipiell auf Herstellung eines dem Zwecke der Forderungen entsprechenden Zustandes. Auf das Vorhandensein dieses Zustandes kommt es aber bei der Aufrechnung, wie S. 75 gezeigt, durchaus nicht an.[2])

5. Wenn man von „einer Art zwangsweiser Erledigung durch und um der gleichzeitigen Erledigung der Gegenforderung willen“ [3]) oder einer Art Selbstexekution [4]) spricht, so wird damit günstigenfalls ein Bild geschaffen; eine bestimmte juristische Denkform können wir hiermit nicht verbinden.

6 Es bleibt mithin nur übrig die einseitige Aufrechnung für eine eigenartige Form der Aufhebung von Forderungen zu erklären, welche aus sich selber, nicht aus anderen juristischen Begriffen zu erklären ist. Dass eine gewisse Verwandschaft mit den im Vorgehenden erwähnten Rechtsinstituten vorliegt, soll durchaus nicht geleugnet werden. Insbesondere wird derselbe wirtschaftliche Erfolg, wie bei der Zahlung, erzeugt; aber auch zwischen den übrigen Rechtsinstituten und der Aufrechnung lassen sich mancherlei Parallelen ziehen, in anderen Beziehungen jedoch

[1]) Siber S. 136. Geib bei Busch 26 S. 117. Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 107.
[2]) Ludwig Goldschmidt S. 164.
[3]) Ludwig Goldschmidt S. 164. Mot. II S. 113.
[4]) Deichmann S. 277. Siber S. 137.

fehlt es wieder an den Essentialien der vorgedachten Rechtsinstitute. Es ist auch beim besten Willen nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber die Aufrechnung, die er ebenso wie die Erfüllung und die beiden anderen im B. G.-B. geregelten Aufhebungsgründe der Obligationen, die Hinterlegung und den Erlass, in einem besonderen Titel behandelt, nicht als ein besonderes Rechtsinstitut sui generis angesehen wissen sollte. Übervieles Schematisieren ist wahrlich nicht geeignet, die Rechtswissenschaft zu fördern, sondern führt nur zu einer Verdunkelung der Begriffe.

Kapitel II.

Die vertragsmässige Aufrechnung.

§ 17.

1. Dass die Aufrechnung auch durch Vertrag vollzogen werden kann, steht bei dem nach dem B. G.-B. geltenden Prinzip unumschränkter Vertragsfähigkeit ausser Zweifel. Bestimmungen über Voraussetzungen und Inhalt des Vertrages enthält das B. G.-B. nicht,[1]) vielmehr ist die Regelung völlig der Parteibeliebung überlassen. Daher ist die Uebertragung der für die einseitige Aufrechnung gegebenen Vorschriften auf die vertragsmässige Aufrechnung unzulässig, vielmehr kann der Aufrechnungsvertrag auch dann geschlossen werden, wenn eine einseitige Aufrechnung nicht vollzogen werden kann. Insbesondere kann daher mit wie gegen noch nicht fällige, einredebehaftete und nicht klagbare Ansprüche durch Vertrag rechtswirksam aufgerechnet werden. Auch von Bedingungen und Zeitbestimmungen kann der Vertrag abhängig gemacht werden. Natürlich können die Parteien aber auch dann, wenn einseitige Aufrechnung zulässig ist, zum Aufrechnungsvertrage greifen; sie werden dann des Nachweises des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung überhoben und brauchen für die Zukunft nur auf die Sicherung des Beweises des Aufrechnungsvertrages bedacht zu sein.

Seiner juristischen Natur nach ist der Aufrechnungsvertrag Erlass der beiderseitigen Forderungen. Doch ist nur dann, wenn nach Ansicht der Parteien ungewiss oder streitig ist, ob die Forderungen thatsächlich bestehen, oder ob eine Einrede gegen dieselbe begründet ist, anzunehmen, dass die Parteien ihre Forderungen nur unter der Bedingung des Erlasses der gegnerischen Forderung erlassen wollen; wenn

[1]) Ueber die §§ 782 l, 1977 s. Siber S. 141.

aber die Parteien die gegenseitigen Forderungen für gewiss oder unstreitig halten, liegt ihnen der Gedanke an einen etwaigen Nichteintritt der Tilgung der Gegenforderung fern, und kann in ihre Willenserklärung die Bedingung des Erlasses von der Gegenseite nicht hineininterpretiert werden. Diesfalls ist die Tilgung der Gegenforderung nicht Bedingung, sondern nur Zweck der beiderseitigen Erlassverträge. Der Erlass ist aber nach § 397 ein abstraktes Rechtsgeschäft.[1]) Die Tilgung der erlassenen Forderung tritt daher ein, auch wenn der Zweck des Erlasses, die Tilgung der Gegenforderung, nicht erreicht wird, auch wenn die Gegenforderung nicht besteht. Bei Nichterreichung des Zweckes wird daher nur eine condictio nach § 812 ff gegeben.[2]) Die beiderseitigen Erlassverträge in einen gegenseitigen Erlassvertrag zusammenzufassen[3]) scheint uns nicht angängig zu sein, da hierdurch der Vertrag zuwider den Bestimmungen des § 397 zu einem kausalen gemacht wird.[4])

2. Durch Vertrag kann ferner auch eine an sich zulässige Kompensation ausgeschlossen werden. Der Vertrag kann ausdrücklich und stillschweigend geschlossen werden. Insbesondere ist dann, wenn der beiden Teilen bekannte wirtschaftliche Zweck einer Forderung Barzahlung erheischt, ein tacite abgeschlossenes pactum de non compensando zu unterstellen. Ueber den § 391 II s. oben S. 41.

3. Endlich kann auf ein pactum de compensando in dem Sinne abgeschlossen werden, dass gewisse und zwar auch erst künftig entstehende Forderungen in bestimmter Weise gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Die Tilgung der Forderungen tritt diesfalls erst in einem künftigen von den Parteien vereinbarten Zeitpunkte, nicht schon mit dem Entstehen der Forderungen ein. Ein solches pactum de compensando liegt insbesondere in dem Kontokurrentvertrag und der Skontration. Über diese Rechtsinstitute s. bei Endemann I, S. 651. Kuhlenbeck I, S. 189.

[1]) Planck I S. 147, II S. 180.
[2]) s. im Einzelnen Siber S. 144, 145.
[3]) s. Stammler S. 241. Endemann I S. 649. Planck II S. 168.
[4]) Siber S. 144.

Kapitel III.

Die gesetzliche Aufrechnung.

§ 18.

Von einer gesetzlichen Aufrechnung spricht man dann, wenn der Untergang zweier Forderungen mit dem Gegenüberstehen in zur Aufrechnung geeigneter Weise eintritt, ohne dass irgend eine der Parteien eine Willenserklärung, dass sie den Aufrechnungserfolg herbeigeführt wissen wolle, abzugeben braucht.[1])

Das B. G.-B. hat die gesetzliche Aufrechnung in zwei Fällen statuiert:

1. Nach § 1239 I beim Mobiliarpfandrechte soll, wenn der Pfandgläubiger beim Pfandverkaufe den Zuschlag erhält, der Kaufpreis als von ihm empfangen angesehen werden.[2])
2. Nach § 1288 II gilt, soweit eine verpfändete Geldforderung in Gemässheit des § 1282 — d. h. wenn der Pfandgläubiger zur alleinigen Einziehung ohne Mitwirkung des Pfandschuldners berechtigt ist, — vom Pfandgläubiger eingezogen ist, die Forderung des letzteren, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung dient, als von dem Gläubiger berichtigt.

In demselben Augenblicke, in welchem die Forderung gegen den Pfandgläubiger auf Zahlung des Erlöses infolge des Zuschlages (§ 156 I) bezw. auf Herausgabe des Betrages der eingezogenen Geldsumme erwächst, wird sie kraft Gesetzes gegen die Forderung des Pfandgläubigers auf Zahlung der Summe, für welche das Pfand, bezw. die verpfändete Geldforderung haftet, aufgerechnet.

[1]) Stammler S. 242. Endemann II S. 555.

[2]) In engem Zusammenhang mit diesem § steht Z.-P.-O. § 817 IV.

Abgesehen davon, dass es zum Vollzuge der Aufrechnung bei der gesetzlichen Kompensation einer Erklärung nicht bedarf, geht die gesetzliche Aufrechnung der einseitigen Aufrechnung völlig parallel.

Dass beide Teile einander Leistungen schulden, bedarf keines Nachweises. Ferner sind auch beide Forderungen ihrem Leistungsgegenstande nach gleichartig: nicht nur die gegen den Pfandgläubiger gerichtete Forderung geht auf Zahlung von Geld, sondern ebenfalls auch die dem Pfandgläubiger zustehende Forderung: denn nur wenn seine Forderung auf Zahlung von Geld gerichtet ist, ist der Pfandverkauf zulässig, bezw. der Pfandgläubiger einer Geldforderung allein ohne Mitwirkung des Pfandschuldners zur Einziehung der Geldforderung berechtigt; geht die Forderung des Pfandgläubigers auf eine andere Leistung, so muss seine Forderung erst in eine Geldforderung übergegangen sein, bevor er zum Pfandverkauf schreiten, bezw. allein die Forderung einziehen darf (§§ 1228 II, 1282 I, 1288). Endlich sind auch beide Forderungen beim Eintritt der gesetzlichen Kompensation fällig; sie können sowohl gefordert, als auch bewirkt werden; was die gegen den Pfandgläubiger gerichtete Forderung anlangt, so bedarf es einer Erörterung nicht. s. auch den § 1238 I und II. Was aber die Forderung des Pfandgläubigers betrifft, so ist er nach § 1228 II zum Verkauf des Pfandes, bezw. nach § 1282, 1288 II zur alleinigen Einziehung der Geldforderung nur berechtigt, wenn die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. s. ferner § 1282 Satz 2.